بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع • البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والاخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ الماضي والاخر لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال • واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع عنه لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى اخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة • وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الاخر بتفرق الصفقة • الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى • وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا • واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم روية وقال الشافعي ره يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار

ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا يرجع الحقوق اليه

لخلوه عن ابطال حق الغير

مالم يعلم لانا لو الزمناه البيع ابطال حق الغير فلا يجوز واما محمد فانه يقول على خيار العوض وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال * والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا يفضي الى المنازعة * والاثمان المطلقة لا تصح الا ان يكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفته يمنع الجواز هذا هو الاصل. قال * ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي شيئا الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال * ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه * فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد * الا ان يبين احدهما وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدهما اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع [illegible] اسم الدرهم كذا قالوا ويصرف الى ما قدره من اي نوع كان [illegible] متعود لاختلاف في المالية قال * ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة [illegible] اذا باعه [illegible] جنسه لقوله [illegible] اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم [illegible] سه مجازفة لما فيه من احتمال الربا [illegible] التسليم [illegible] جهالة القيمة قال [illegible] لا يعرف مقداره [illegible] بوزن [illegible] لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما [illegible] فيه التسلم [illegible]

المنذر ملأكه لجملة [illegible] لان التسليم فيه [illegible] ليس لنا در [illegible]
فتحقق المنازعة * وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع [illegible] الا ول ا صح
وبا ظهر قال * ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند
ابي حنيفة رح الا ان يسمي جميع قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر
الصرف الي الكل لجهالة المبيع والثمن فينصرف الي الاقل وهو معلوم الا ان
تزول الجهالة بتسمية جميع قفزانها او بالكيل في المجلس * وصار كما اذا اقر وقال
لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع * ولهما ان الجهالة بيدهما
ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار *
ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة
عليه وكذا اذا كيلا في المجلس او سمي جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله
الخيار * كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع * قال * ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم
فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع
بدرهم ولم يسم جملة الذراعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز
في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الي الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع
وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت
فلا تفضي الجهالة الي المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق قال *
ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار
ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل
التمام فلم يتم رضاه بالموجود * وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على
مقدار معين والقدر ليس بوصف * ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع
بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل فالمشتري بالخيار
ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا ترى
انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف
الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله

الثمن فلهذا ياخذه بجميع الثمن ... الوصف المذكور ولتغيرا لمعقود
عليه فيختل الرضا • وان وجد ما اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري
ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم • ولو قال بعتكها
على انها مائة ذراع مائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان
شاء اخذ بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار
اصلا باافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب واحد وهذا لانه لو اخذه
بكل الثمن لم يكن اخذا لكل ذرع بدرهم • وان وجد ما زائدا فهو بالخيار ان شاء اخذ
الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع
لزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما تلزمه الزيادة لما بينا انه
صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط • ومن اشترى عشرة اذرع
من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان
اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا ... ذرع
من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم
لما يذرع به فاستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم
... السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ... اولم يعلم هو
... الجهالة • ولو اشترى عدلا على انه
... البيع ... ثوب
... النقصان بقدره وله الخيار ولم يعرف في الزيادة لجهالة
... المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح
... ولو اشترى ثوبين على انه ... مروي حيث لا يجوز
... ثمن كل واحد ... المروي شرطا ... في
... ليس بشرط ... يشترط في المعدوم فامنزله • ولو اشترى ثوبا واحدا
... ذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف ... قال
... في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير ... الوجه الثاني

الثاني يأخذه بتسعة إن شاء وقال أبو يوسف في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر
إن شاء وفي الثاني بعشرة إن شاء وقال محمد في الأول يأخذه بعشرة ونصف
إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لأن من ضرورة مقابلة الذراع
بالدرهم مقابلة النصف بنصفه فيجري عليه حكمه ولأبي يوسف أنه
لما أفرد لكل ذراع ببدل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص
ولأبي حنيفة أن الذراع وصف في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو
مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل * وقيل في الكرباس الذي
لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون
حيث لا يضره الفصل * وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه
قال * ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه لأن اسم الدار
يتناول العرصة والبناء في العرف ولأنه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له *
ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخيل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل به للقرار
فأشبه البناء * ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل به
للفصل فشابه المتاع الذي فيه * ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فهي للبائع
إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة
للبائع إلا أن يشترط المبتاع ولأن الاتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء
فصار كالزرع * ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا إذا كان فيها زرع لأن
ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما إذا كان
فيها متاع * وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن
الواجب إنما هو التسليم المعتاد وفي العادة أن لا يقطع كذلك * وصار كما
إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع * قلنا هناك التسليم واجب أيضا
حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما إذا كان الثمر
بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز
في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر * وأما

اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع
فيها كالمتاع ولو نبت ولم يصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه
وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان يناله المشافر والمناجل •
ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما •
ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها
لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه
اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به
قال • ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه
منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول
اصح • وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها
مطلقا او بشرط القطع • وان شرط تركها على النخل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه
العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع
وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي
يوسف لما قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط
فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بعمل في الارض او الشجر • ولو اشتراها
مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل • وان تركها بغير اذنه تصدق
بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة • وان تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق
بشيء لان هذا تغير حال لا تحقق زيادة • وان اشتراها مطلقا وتركها على
النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل • لان الاجارة
باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا * بخلاف ما اذا اشترى الزرع
واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة
فاسدة للجهالة فاورثت خبثا * ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض
فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز * ولو اثمرت بعد القبض
يشتركان فيه للاختلاط * والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في

الى الباذنجان والبطيخ ولا يعلم ان يشتري الاصول ... الزيادة على ملكه

لمالكه • ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رح

لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي

معلوم بالمشاهدة قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على

ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده

يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف

استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه • ويجوز

بيع الحنطة في سنبلها والباقلي في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي

رح لا يجوز بيع الباقلي الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره

الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله

له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع

بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع ثمر النخل حتى

يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز

بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه

انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي

مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنبل

• ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة

فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه

اذ لا ينتفع به بدونه قال • واجرة الكيال وناقد الثمن على البايع اما الكيل فلا

بد منه للتسليم وهو على البايع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان

والزراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد

يكون بعد التسليم الا يرى انه يكون بعد الوزن والبايع هو المحتاج اليه ليميز

ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه

على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما

بعرف القدر بالوزن فيكون عليه • واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن التحقق التسليم • ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع باب خيار الشرط • خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات فقال له النبي عم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار في البيع الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة ان الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول • ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفى

ولكي الزيادة على الثلث وكذا [illegible] يوسف اختلف في الاصل بالاول في هذا الباب وفي هذه المسئلة قياس آخر [illegible] مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح [illegible] فيه مفسد لا شتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بيناه قال وخيار البايع [illegible] خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البايع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع فلا شئ على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان البيع في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة ره وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة ره انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة يقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروي فيقف على المصلحة لو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لماله من الخيار وان وطيها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي

بنفسها وهذا عند أبي حنيفة وقالا يفسد النكاح لأنه ملكها وإن وطئها لم يردها لأن الوطء بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيبا ولهذه المسألة أخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري إذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه إذا كان المشتري حلف وقال إن ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريته فهو حر لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده وعندهما يجتزئ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع من الثمن في المدة بقي خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار بعده وهو مسلم

• قال ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز فإن أجازه بغير حضرة صاحبه جاز وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وإنما كنى بالحضرة عنه له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا

أو لا يطلب بسلعة مشتريها فيما لا ان الخيار للمشتري [illegible] نوع ضرر فيتوقف
على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا [illegible] فيه ولا يقال انه
مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه
المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول
العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قال وإذا مات
من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه
حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار
ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف
خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار
لا يورث واما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير
لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فأيهما اجاز جاز
وأيهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي
القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز
اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد
لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا
عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما اجاز جاز
وأيهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده
في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد
في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان
النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ
والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال
التصرف وقيل الاول قول محمد رحمه الله والثاني قول ابي يوسف رحمه الله واستخرج ذلك
من مسألة بيع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رحمه الله يعتبر فيه تصرف
الموكل وابو يوسف رحمه الله يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالخيار على انه

بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان بين كل واحد منهما ثمنا على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الاول المذكور في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاده في الاخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن • ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذا الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح ووجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر

ذكر في بعض النسخ اشتري ثوبين ولي [illegible] الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والاخر امانة والاول لا يجوز استعارته [illegible] ملك احدهما او تعيب لزمه المبيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة لامتناع الرد بالتعييب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث واما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال * ومن اشتري دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخري الي جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة قال * واذا اشتري الرجلان غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال * ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالعقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الي اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف باب ————— خيار الرؤية * ومن

اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله
عم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية
لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين
المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية
لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم ان العقد غير لازم
لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر
قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت • ومن باع ما لم يره فلا خيار
له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار
الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم
باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه المرجوع
اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رض
باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رض فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي
الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت
ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر
من الصحابة • ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله •
وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا
لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن
والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ بطل الخيار وان كان
تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم
لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود
دلالة الرضاء • ومن نظر الى وجه الصبرة او ظاهر الثوب مطويا او الى وجه
الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع
المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو

ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان
يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى
فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية
كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رحمه الله وينبغي
ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى
وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا
النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا
كموضع العلم والوجه هو المقصود في الادمي وهو الكفل في الدواب فيعتبر
رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيرها وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول
هو المروي عن ابي يوسف ره وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو
اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من
الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود واذا رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم
يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند
زفر ره لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم
من الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول
في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ره ونظر
الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري
وهذا عند ابي حنيفة وقالا هما سواء وله ان يرده قال رض معناه الوكيل بالقبض
فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون
اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط
قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا
وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه
بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص
منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام

الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا كان رسولا في البيع * وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل * ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم * وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير * ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يقول قد رضيت فيسقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة * واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج * وقال الحسن رحمه الله يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا * ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل * ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط * ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به * وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قوله لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري

والمعتبر الكرم والقول قوله * ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه
وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذا لخيار الشرط لانه تعذر الرد فيما
خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيارا الرؤية
والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب
بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ
فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي ره وعن ابي يوسف ره
انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه يعتمد القدوري

باب خيار العيب

* واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه
بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته
يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن
ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون
تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض
لان ذلك رضا به * وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان
الضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله
* والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ
فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهر عند البائع في
صغره ثم حدث عند المشتري في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدث
بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر
والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في
باطنه والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر
لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق
فلا يتحقق عيبا والجنون في الصغير عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع
ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين

متعذر وهو فساد العمل والاصح معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري
لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد
والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما
يخلان به • وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به
الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون
الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل
بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان
اتباعهن يخل بالخدمة • والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته
ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر
فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي رح يرده لما قال • فلو كانت
الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره
علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها
عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل
القبض وبعده وهو الصحيح • واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب
كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع
لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين
الرجوع بالنقصان • الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر • ومن
اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه
عيب حادث • فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه
وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء
البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان • فان قطع الثوب
وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه
لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها
لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا • وليس

وليس للبائع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعدما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع * وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان * ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه قال *

ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه * اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي * وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة ره انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض * فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة ره اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ره انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة * كاعتاق المعسر عبدا مشتركا * واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في يده فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة ره

لان الطعام كشي واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنه انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض * ومن اشتري بيضا وبطيخا اوقثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب * وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه * ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلوا عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلوا عنه الجوز عادة كالواحد او الاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال * ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي بالاقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا يفسخ الاول * وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقرار بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان لا ميقن بقيام العيب عند البايع الاول قال * ومن اشتري عبدا فقبضه فادعي عيبا لم يجبر علي دفع الثمن حتي يحلف البايع او يقيم المشتري بينته لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعيين حقه بدعوي العيب ودفع الثمن اولا

[illegible] عقد بازاء تعيين المبيع ولانه لو [illegible] تظهر العيب
فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه * فان قال المشتري [illegible] استحلف
البايع ودفع الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في [illegible] اضرارا
بالبايع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب
لانه حجة فيه قال * ومن اشتري عبدا فادعي اباقا لم يحلف البايع حتي يقيم
المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان
القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري
ومعرفته بالحجة * فاذا اقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده
قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه
الذي يدعي او بالله ما ابق عنده قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا
العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري
لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول
عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فتاوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم
دون البيع ولو لم تجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البايع
بالله ما تعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة
لهما ان الدعوي معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله
على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوي صحيحة وليست تصح الا من
خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف
ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوي في
اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير لا يوجبه
رده بعد البلوغ قال * ومن اشتري جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البايع
بعتك هذه واخري معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري
لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول قول القابض * كما في الغصب *
وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بيناه * ومن اشتري عبدين

صفقة واحدة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبهة بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروي عن ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعري عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الي الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر ومن اشتري شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا تري انه يسمي باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فاذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الاخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض له ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشتري جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب للرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما

قال اذا كان بعد بدائعه لا نعلم [illegible] ما ذكرنا يكون [illegible] اشتري عبدا قد سرق

ولم يعلم به فقطعت عنده المشتري له ان يرده و ياخذ [illegible] عند ابي حنيفة رحمه الله

وقالا يرجع ما بين قيمته سارقا الي غير سارق وعلى هذا الاختلاف [illegible] اذا قتل بسبب

وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب

عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية

فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى

حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الي غير حامل

وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الي الوجود فيكون الوجود

مضافا الي السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية

وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسألة ممنوعة ولو سرق في يد البائع

ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده

بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلثة

الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما

الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم

على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع

بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد

على مذهبهما لان العلم بالعيب رضاء به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان

العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب

فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة

بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء

معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في

الاسقاط لا تفضي الي المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الي التسليم

فلا يكون مفسدا ويدخل في هذه البراءة [illegible] والحادث قبل القبض

في قول ابي يوسف رحمه الله ولا يدخل فيه [illegible] وهو قول زفر رحمه الله لان

المرآة تتناول القائم ... وهو مقصوده ان الغرض الزام العقد باسقاط صفة
عن صفة الملائمة وذلك بالمرآة عن الموجود والصادق بالبيع الايم
الفاسد اذ اكان احدا العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة
والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال. ثم فيه تصول ...
وفيها تفصيل نبينها فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن
البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع
بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند
البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون
امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند
البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء
وقيل الاول قول ابي حنيفة ره والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على
ما نبينه والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد
المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي ره وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم
والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير
ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع
فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق
ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع
امر باهانته وترك اعزازه وفي تملك بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى
اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة
وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر
لان المشتري للثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب
دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر
حتى فسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر
بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة • وبيع ام الولد

الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لأنه استحق العتق فقد ثبت لام الولد
لقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان
الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق العتق يدا على نفسه لازمة في حق المولى
ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه
روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف
الشافعي رح وقد ذكرناه في العتاق • وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه
مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام
الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب
لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع
انما تلحق حقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصار
كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع
فيما يضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما
يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا • ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصاد
لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور
التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز • الا اذا
اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك • ولا يجوز بيع الطير
في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور
التسليم ولا بيع الحمل والنتاج لنهي النبي عم عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان
فيه غررا • ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية
الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره • قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه
من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف
القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في
الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عم نهى عن بيع

الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على
ابي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه لانه • قال وبيع ذراع من ثوب
السقف و ذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن التسليم
الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر
في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع
وسلمه المشتري قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا
باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج
المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود • قال وضربة القانص
وهو ما يخرج من الصيد بضربة الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا • وبيع
المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذود مثل كيله خرصا لانه عم نهى
عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة
مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص
كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي
رح يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عم نهى عن المزابنة ورخص العرايا وهو ان
يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله ان
يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذود وهو بيع مجازا لانه
لا يملكه فيكون برا مبتدأ • قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة
وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان
فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع
فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عم
عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر • قال ولا يجوز بيع ثوب
من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع
استحسانا وقد ذكرناه بفروعه • ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ
اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلا

... ذلك على استهلاك عين مباح ... استهلاك عين مملوكا
... استكمي بغرة يشهد لهذا لا يجوز فهذا اولى * ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يوكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال * الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لم يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رح قال * ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز

ايراد العقد على نفسها وكذا على جزئها اللبن [illegible] تدخل نفسها فاما اللبن فلا [illegible] فيه [illegible] حل تتحقق فيه القوة التي هي حده وهو الحمى و [illegible] اللبن قال • ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع • ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده • لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رح ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها • ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال • ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع بها قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة • ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة • ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال • واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رح لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال • وبيع الطريق وهبته جائز • وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين

[illegible] ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا [illegible] المسيل [illegible] لانه مجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق [illegible] روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدي الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقي وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقي وهو الارض فاشبه الاعيان • قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رح وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلف الجنس يتعلق العقد بالمسمي ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد بوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشتري عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثي من بني ادم جنسان لتفاحش التفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد لتقارب التفاوت فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما • ومن اشتري جارية بالف درهم حالة او نسية فقبضها ثم باعها من البايع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البايع وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عايشة رض لتلك المراة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالي ابطل حجته وجهاده مع رسول الله صلي الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة • ومن اشتري جارية بخمسمائة ثم باعها واخري

معيبا من البايع قبل ان ينقد الثمن خمسمائة فالبيع جائز في التي ... ثم
من البايع ويبطل في الاخرى لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة ما
اشتراه من البايع فيكون مشتريا للاخرى بالمبيع قبل نقد الثمن
ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد ... فيما لكون
مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ ... بطريق ... اذ
او المقاصة فلا يسري الى غيرها • ومن اشترى زيتا على ان ... بظرفه
فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد • ولو اشترى على
عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه
قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البايع الزق
غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين
الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن
فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري ...
قال • واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل ذلك جاز عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم وعلى [redacted] وعلى هذا توكيل
المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت
... للموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله
ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الامر ... حكمي
فلا يمتنع بسبب الاسلام ... كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا ... وان كان خنزيرا
يسيبه • ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة
على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط ... نهى النبي عليه السلام
عنه ... عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط ... يقتضيه
العقد كشرط الملك للمشتري ... لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه ... يفسده
الا ... الاستحسان ... كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع ...

[illegible] عن العرض فيودي الى الربوا او [illegible] المنازعة [illegible]
عن مقصوده [illegible] يكون متعارفا لان العرف قاض على [illegible] ولو كان لا يقتضيه
العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب [illegible] شرط ان لا يبيع
المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يودي الى ربوا ولا الى المنازعة
اذا ثبت هذا نقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف
والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه
والشافعي ره وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة
عليه ماذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه
فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن
عند ابي حنيفة ره وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع
فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر ولابي حنيفة ره ان شرط العتق
من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه
لانه منهي للملك والشي بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان
العيب فاذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد
العتق تحقق الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا وكذلك
لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه
المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين ولانه عم نهي عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى
يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في
بيع وقد نهي النبي عم عن صفقتين في صفقة قال • ومن باع عينا على ان يسلمه
الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا
فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان قال • ومن
اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان

من الحكم بسبب والمعقول من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضي العقد

فانه لا يليه

لأنه بمنزلة أطرافه وبيع الأصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم
يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها
تبطل بالشروط غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها
والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل
يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية
لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية
لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا
استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها • ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه
البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر • ومن اشترى نعلا
على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه
ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا
الاستصناع • ولا يجوز البيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم
يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل وهي مفضية إلى المنازعة في البيع
لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل
إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام معلومة
فلا جهالة فيه ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج وكذلك إلى الحصاد والدياس
والقطاف والجزاز لأنها تتقدم وتتأخر ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز لأن الجهالة
اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم فيها ولأنه معلوم الأصل ألا ترى أنها تتحمل الجهالة في أصل
الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فإنه
لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع مطلقا ثم أجل
الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز لأن هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة فيه
متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشرط

[illegible] الاجال ثم ترا[illegible] الاجل ان باسقاط الاجل
[illegible] وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال [illegible] لا يجوز لانه
وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل * ولنا
ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زايد لا في
صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط
الدرهم الزايد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة
وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل
يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال * ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية
وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقال * ابو يوسف ومحمد رح
ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وان جمع بين عبد
ومدبر وبين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا
الثلثة وقال زفر رح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب
وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة
الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن * كمن جمع بين
الاجنبية والاخت في النكاح * بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول
ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه
ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا
شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع في
هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينعقد في عبد الغير
باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد
عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء
باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين
وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة
ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه تفسير في احكامه * واذا قبض

المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما
مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور
فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل
القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية
وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه
التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما
في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير
الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى
ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة
الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا
فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا
لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به
دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه
على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط
السابق * وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا * وشرط ان يكون
في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج
عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته
في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه
الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال * ولكل واحد من المتعاقدين
فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ
امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد
بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم تتحقق
المراضاة في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فيملك

[illegible] حق الاسترداد [illegible] الثاني وتعلق الاول

[illegible] الشرع وحق [illegible] مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه

والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه [illegible] التسليط من

جهة البائع [illegible] تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما [illegible] العبد

ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال * ومن اشترى عبدا بخمر

او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا

انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة

انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان

الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد

شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال * وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع

حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع

فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على

ورثته وغرمائه بعد وفاته * كالراهن * ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها

بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت

مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال * ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه

قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد

ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف

لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء وتبطل

بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله

ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع

حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا

لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظه الرواية

عن ابي حنيفة وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة

لانه مضمون بنفسه فشابه الغصب الخ

مبناه على الاطلاق حق البائع ... وثمرته على الاختلاف ومن اشترى جارية
بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن
والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح
والدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلا يتمكن
الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث
لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد يشتمل النوعين لتعلق العقد فيما تعين
حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير
الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة
والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ٭ قال وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه
اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح
لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجبت بالتسمية ثم استحق بالتصادق
وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين فصل فيما يكره ٭ قال
ونهى رسول الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء
ليرغب غيره قال عم لا تناجشوا ٭ وعن السوم على سوم غيره قال عم لا يستام
الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا
واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة اما اذا لم يركن
احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل
النهي في النكاح ايضا ٭ قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر
فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر
قال ٭ وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان
اهل البلدة في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه
من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر قال ٭ والبيع
عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي
على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة قال وكل ذلك

... بره ما ذكرنا ... به البيع لان الفساد في ... زائد لا في
العقد ولا في شرائط الصحة قال • ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد
صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة
ماسة اليه نوع منه اي من البيع المكروه • ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما
ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما وكذلك انكان احدهما كبيرا والاصل
فيه قوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة
ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رض غلامين اخوين صغيرين ثم
قال له ما فعل الغلامان وما تعلمت بالغلامين لقال بعت احدهما فقال ادرك
ادرك ويروي اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير
يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك
الرحمة على الصغار ولذا وعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح
حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان
حتي جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده
ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتي لو كان احد الصغيرين له والاخر لغيره
لا باس ببيع واحد منهما • ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما
بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره
لا الاضرار به قال • وان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف انه لا يجوز
في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر
بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من
اهله في محله وانما الكراهة لمعني مجاور فشابه كراهة الاستيام • وان كانا كبيرين
فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معني ما ورد به النص وقد صح انه عم
فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين باب الاقالة • الاقالة
جايزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عم من اقال نادما بيعته اقال الله عثراته
يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما • فان شرط اكثر منه

حلس ... كليم

فقال ادرك ادرك

او زاد بالشرط باطل و يرد مثل الثمن الاول والاصل ... حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله ... وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ره هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد ره هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد ره ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف ره انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة ره ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف ره وعند محمد ره جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف ره لانه هو الاصل عنده وعند محمد ره هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد اذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ره وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيناه ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من

لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب

لان الاصل هو البيع الخ

[illegible] بيعا والاقالة قبل القبض [illegible] غيره فسخ عند
ابي حنيفة ره ومحمد ره وكذا عند ابي يوسف ره في المنقول [illegible] البيع وفي
العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده [illegible] وهلاك
الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه
وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي
لقيام المبيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك
احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب

باب المرابحة والتولية • المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن
الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول
من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة
الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى
ان يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح
فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة
وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر
رض بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هو لك بغير
شيء فقال عليه السلام اما بغير الثمن فلا • قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى
يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي
مجهولة • ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح
درهم او بشيء من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم • فان
باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات
الامثال • ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل
واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار
لان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه (قاعدة كلية)
الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف

باختلاف المكان * ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لانه كذب وكذا اجرة الطبيب والراعي وصبغ الغنم ونحوها وسوق الغنم بخلاف اجرة العمال بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في المعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته * فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة ره ان شاء اخذه بالثمن وان شاء تركه * وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف ره يحط فيهما وقال محمد ره يخير فيهما لمحمد ره ان الاعتبار للمسمى لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف ره ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة ره انه لولم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لولم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في جميع الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه يطالبه بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال * ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبيعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة ره

وله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره

* قال واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال * واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح * قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطيها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطي وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطيها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها * ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان * ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه * قال ومن

قوله والمعنى ما بيناه اما في قرض فار فهو قوله لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن واما في حق تكسر الثوب بنشره فهو قوله لانه صار مقصودا بالاتلاف

اشترى غلاما بالف درهم [illegible] فباعه بربح مائة ولم يبين [illegible]

شاء قبل لان [illegible] شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في [illegible]

والشبهة في هذا [illegible] بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما [illegible]

بثمنهما [illegible] على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت

[illegible] العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة [illegible] الاجل لا يقابله

[illegible] الثمن [illegible] ولا [illegible] بثمن رده ان شاء لان الخيانة [illegible] التولية

[illegible] في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم [illegible]

[illegible] لما ذكرناه وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو

[illegible] المستوفي الرديئة مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد

[illegible] الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن موجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم

[illegible] الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم [illegible] لا بد من بيانه لان المعروف

كالمشروط [illegible] فله ان [illegible] لان الثمن حال قال ومن ولى [illegible]

[illegible] ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه

البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا

حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد [illegible]

[illegible] الا يقبل الاصلاح [illegible] العلم

[illegible] لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار

الرؤية فصــــــــــــل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه

حتى يقبضه لانه عم نهي عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على

اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح

وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار

الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في

العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد [illegible]

معلول به عملا بدلائل الجواز [illegible] على [illegible]

... في الاجارة المنافع ... ومن اشترى مكيلا
مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم
يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي
عم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه
يحتمل ان يزيد على المشروطة وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام
فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا
باع الثوب مذارعة لان الزيادة له لان الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر
بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري
وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم
لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة
المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه
يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل
الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى
المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون
فيما يروى عن ابي حنيفة رح لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف
في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ
بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في
الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق
بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رح لا يصحان
على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح
الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط
لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا ولنا انهما
بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو
كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية

وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ونظيره حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا * ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا مؤقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل * قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرناه الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي * باب الربا * الربا محرم في كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة [illegible]

والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال [illegible] وروي بالرفع مثلٌ
وبالنصب مثلًا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول
باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرنا. وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة
عنده ... وهي على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر *
كاشتراط الشهادة في النكاح * فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم
لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر
للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه
اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو
ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى
او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة
بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية يسوي
المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق
لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف
لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عم جيدها
ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها
الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره
اذا ثبت هذا فنقول اذا بيع المكيل والموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه
لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله
مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن * وان تفاضلا لم يجز
لتحقق الربوا * ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار
التفاوت في الوصف * ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة
عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم

وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه
ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد
لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال
واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة
المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا
وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في
هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما
وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا
شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين نسيئة فالشبهة
اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا
في المالية فتتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود
في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن
فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات
وهو ثمن لا يتعين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن
وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما
القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال وكل
شيء نص رسول الله ع م على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل
فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا
فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من
العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها
دلالة وعن ابي يوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص
على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة
بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا
ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام

والكلام في الحنطة والشعير وزنا لوجود الاسلام فيهما قال وكل ما ينسب
الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى
يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل فاذا كان موزونا فلو بيع
بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة
المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه
في المجلس لقوله عم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في
الصرف ان شاء الله قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر
فيه التقابض خلافا للشافعي ره في بيع الطعام له قوله عم في الحديث المعروف
يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتتحقق
شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان
الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين
بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عم يدا بيد عينا بعين
كذا رواه عبادة بن الصامت رض وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا
بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين
والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي ره يخالفنا فيه
لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند الفلة هو الطعم
ابي حنيفة ره وابي يوسف وعند محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح ولا مخلص وهو
الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا يتعين فصار كما اذا كانا بغير المساواة فيحرم
اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت
باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية
يتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في
حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة
وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف
ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال

ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما
من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوي بينهما وبين الحنطة
لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل • ويجوز بيع الدقيق
بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط • وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند
ابي حنيفة ره متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا
بيع السويق بالحنطة وكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه • وعندهما
يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي
يشملهما فلا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال
• ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا
باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة
ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا
من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم
ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة
ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف
تلك المسألة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير
ويوزن الثجير • قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة ره
وقالا لا يجوز لقوله عم حين سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال
عم لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عم حين اهدي اليه رطبا اوكل تمر
خيبر هكذا اسماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع
باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عم اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عباس وهو ضعيف عند النقلة
قال وكذا العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز
بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا
عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة

گندم بریان و غیره

وطعام عالك وعالك مقيون المضغه

خل روغن كنجد

قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد

١٤٣

ان الثابتة ان اللحم اذا نزع النقع [illegible] وابي حنيفة رحمهما
ابو يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو المآل وابو حنيفة رحمه الله يعتبر في الحال وهكذا ابو يوسف رحمه الله [illegible] باطلاق
الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه [illegible] وجه
الفرق بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر
مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء
احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب
التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر
ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفري حيث
يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له
من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به
نسيئة لا يجوز للجهالة قال * ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج
حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله
والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعري عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون
وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير
وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه
كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا
الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع
قال * ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل
والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا
العراب مع البخاتي قال * وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز
لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب
احدهما بالاخر في الزكوة فكذا اجزاءها اذا لم تتبدل بالصنعة قال * وكذا خل
الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما

فكذا من وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد وكذا
شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني
والمنافع اختلافا فاحشا ٭ قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا
لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه
والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة ره انه لا خير فيه والفتوى على الاول
وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة
يجوز عند ابي يوسف ره وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح
ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة ره لانه يتفاوت بالخبز
والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد ره يجوز بهما للتعامل وعند
ابي يوسف ره يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده ٭ قال ولا
ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا
وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز
بالاتفاق لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة ره وعندهما تعلق
به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه
٭ قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف ره والشافعي ره لهما
الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم
والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم
اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار
محظورا بعقد الامان ٭ باب الحقوق ٭ ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس
له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو له فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الاعلى
ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت
والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من
توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء

كالعلو لا يكون تبعا ... لا يدخل فيه الا بالتنصيص ... المنزل اسم لما يتأدى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور ... يكون فيه
منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر ... ولشبهه
بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل
بيت ... بالفارسية خانه ولا تخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم
الدار ... الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا
عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان
مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف •
قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه
بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه
خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها
تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره
فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه
لان المشتري عادة يشتريه ويتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة
با ... الاستحقاق ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها
رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه
الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل
والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به
ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعدها الانفصال فلا يكون الولد له
ثم قيل يدخل الولد بالقضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه
تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح لا تدخل الزوائد
في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا • قال
ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان
البايع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البايع لا يدري اين

هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على المولى واصله مسألة العبد
مقرا بالعبودية لو هلك ههنا لم يرجع عليه على كل حال بخلاف ابي يوسف رحمه
انه لا يرجع هنا لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار
كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبده وهي المسألة الثانية
ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له
في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه
على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد
معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن
لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل
الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضامنا للسلامة
وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول
المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه
بقيمته ثم في وضع المسألة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى
شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع
في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم الفرج فشابه العتق
وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض
لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث
قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة * قال ومن ادعى حقا
في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت
الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا
الباقي * وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه
لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل *
ودلت المسألة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما
يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك

[illegible] فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع [illegible] الشافعي ره لا ينعقد
لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك [illegible] فقد اولا انعقاد
الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله [illegible] فوجب
القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه [illegible] يكفي
مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن
الالغاء وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف
وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع قال • وله الاجازة
اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد
من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن
مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
السابقة • وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه * بخلاف
الفضولي في النكاح لانه معبر محض * وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا
معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد
لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان
مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على
اجازته ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف
على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته
ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف ره اولا وهو قول محمد ره
لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف ره وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند
الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال • ومن غصب
عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون
الملك قال عم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت
في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك

الكامل للابراء ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح عتق المشتري من الغاصب ثم يؤدي الغاصب مع انه اسرع نفاذا حتى لا ينفذ [illegible] اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك [illegible] على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه [illegible] كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح • قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري [illegible] من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر • ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال • فان باعه المشتري من اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عنده لانه لا يؤثر فيه الغرر • قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل [illegible]

٥٦

وبخلاف المعتري هذه القتل ... الوارث انقلاب البيع الصحيح لو ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل ... المبيع فانما يجاب عليه الثمن ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري ... اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض ... الدعوي اذا لا دعوى له ... والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار وللمشتري ان يساعده فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا اشترط طلب المشتري بالرد قال رح وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دارا لرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ما روي انه عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يابا ه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لابد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن موجل تصحيحا لتصرف المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب

في محل اوجه التفاوت فيه ولا يمكن ذلك قال • وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة ره انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر ره لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وعند محمد ره لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل • ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي ره يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا ان بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال • ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال • ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال • ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل

المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذ[illegible] الشافعي يجوز اذا كان
موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال [illegible] ولنا قوله عم
لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على [illegible] بالتحصيل
فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل * ولو انقطع بعد
المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم
قد صح والعجز الطاري على شرف الزوال * فصار كاباق المبيع قبل القبض * قال *
ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر
مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع * ولا يجوز السلم فيه عددا
للتفاوت * ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا
معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز
وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي
تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال * ولا خير في السلم في اللحم عند
ابي حنيفة وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه
موزون مضبوط الوصف * ولهذا يضمن بالمثل * ويجوز استقراضه وزنا * ويجري
فيه ربو الفضل * بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه
مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف
فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز
على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد
التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به
في وقته اما الوصف فلا يكتفي به قال * ولا يجوز الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز
لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عم الى اجل معلوم فيما روينا
ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل
فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم ولم يوجد المرخص فبقي على النافي
قال * ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة

اذ هو عددي متفاوته

انه عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص

كما في البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف اليوم
والأول أصح * ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه
إذا لم يعرف مقداره لأنه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر
من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فإن كان مما
ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل
فيه كذا روي عن أبي يوسف قال * ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها
لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار عليه السلام حيث قال أرأيت
لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة إلى
قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة
قال ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة
أو شعير ونوع معلوم كقولنا سقية أو بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء
ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا وأجل معلوم والأصل
فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا * ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان مما يتعلق
العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه
فيه إذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى
مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسألتان ولهما في الأولى أن المقصود
يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب وله أنه ربما يوجد بعضها
زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي
أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا
العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع
وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين
رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما ولهما في
الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولأنه لا يزاحمه
مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر فصار كالقرض والغصب ولأبي

ولابي حنيفة رح ان التسليم [illegible] يتعين مكان العقد لاختلاف
الغرض والغصب [illegible] ولم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم
الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار [illegible] الصفة وعن
هذا قال من قال من المشايخ رح ان الاختلاف فيه عنده اوجب التحالف كما في
الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف
الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعل مع نصيب احدهما
شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان
مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين مكان الدار ومكان
تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان
مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه
قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير في البيوع وذكر في الاجارات
انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في
الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط
خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان
يفارقه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عم
عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام
والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى
الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على
التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما
لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت
فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض
ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر رح وقد مر
نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام

المسلم فيه وتحصيله وثمانين متفاوتين والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيوع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عم لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر ره والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان

ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم [illegible] لم يكن قابضا لان
الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين
فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان
عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت
الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه
لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم
للمسلم اليه وفي الشرى للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر
في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر
الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشرى في الصحيح لانه نائب
عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان
يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا
تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية
من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا * ولو اجتمع
الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدا بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه
واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها
في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار *
وان بدا بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه
خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا
الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما
هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما * قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا
فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز
لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود
عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء

لأن البقاء أسهل وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في المحل تبعا فيجب عليه
رده ولو هلك يجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بألف ثم تقايلا فماتت في
يد المشتري بطلت الإقالة ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن المعقود عليه في
البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء فلا يبقى
انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى
بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه قال • ومن أسلم إلى
رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديا وقال رب السلم
لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره
الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب
أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه
منكرا وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة وسنقرره
من بعد إن شاء الله تعالى • ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم
بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقا له
وهو الأجل والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في
رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما
لأنه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وإن أنكر الصحة • كرب المال إذا قال
للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف
الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة • وعند
أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد
فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بلازم فلا يعتبر
الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الأصل
أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة ووقع
الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وإن أنكر
الصحة قال • ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولا وعرضا ورقعة لأنه أسلم في

في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرناه ... ولا بد من بيان
وزنه ايضا لانه مقصود ... ولا يجوز السلم في ... لان
احادها متفاوت تفاوتا فاحشا • وفي صغار اللولوء التي تباع وزنا يجوز السلم
لانه مما يعلم بالوزن • ولا باس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمي ملبنا معلوما
لانه عددي متقارب لاسيما اذا سمي الملبن قال • وكل ما امكن ضبط صفته
ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة • وما لا يضبط صفته
ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا
جهالة تفضي الى المنازعة • ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين
او نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم • وان كان لا يعرف
فلا خير فيه لانه دين مجهول قال • وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز
استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم
والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا فيه حكما والمعقود عليه
العين دون العمل حتى لو جاء به مفرغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد
فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز
وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا
لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن
ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو
قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما
المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله •
ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما
يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه
لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضربه
فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ
على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لان ذلك

امتناع فاسد فيحمل على الحلف الصحيح ولابي حنيفة رح انه ذكر لفظا يحتمل الملك وحرمة المسلم بالاجماع لا شبهة فيه وفي قطعا ملحقة الامتناع نوع شبهة فكان الحمل على الملك اولي والله اعلم ـــــــ مسائل منثورة لاجالها ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وكذا الذي يوسف رح انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به عادة وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيدا وماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولانسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عم فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانهما اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوي الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة على الثمن والمثمن جائز عندنا وتلحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رح لانه تغيير العقد من وصف مشروع الي وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة

المفاوضة وصورتها اذا قال من الثمن [illegible] الرطل لم يوجد فلم يصح

قال * ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها [illegible] جائز لوجود

سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر [illegible] الزوج

حصل بتسليطه من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطاها فليس بقبض والقياس

ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان

ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا

* قال ومن اشترى عبدا فغاب والعبد في يد البايع واقام البايع البينة انه باعه

اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البايع لانه يمكن ايصال البايع الى

حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري * وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن

لان ملك المشتري ظهر بالاقرار فيظهر على الوجه الذي اقربه مشغولا بحقه واذا

تعذر استيفاؤه من المشتري يستوفيه البائع من جهته * كالراهن اذا مات * والمشتري

اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض * بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق

متعلقا به * ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع

هو ايضا * فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه

واذا حضر الاخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول ابي حنيفة

ومحمد رح وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه

وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع

عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه

الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس

ما بقي شيء منه والمضطر يرجع * كمعير الرهن * واذا كان له ان يرجع عليه كان

له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه * كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من

مال نفسه * قال * ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان

لانه اضاف المثقال اليهما على السوية فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال

لعدم الاولوية * وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب

من الذهب مثاقيل و من الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال • واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه اصل الصيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف • قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال • فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عم الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عم جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال • ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا

فلا فطره ولانه لا بد من قبض احدهما [illegible] بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا [illegible] اة فلا يتحقق الربوا ولا [illegible] ليس باولي من الاخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا [illegible] كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر لاطلاق ماروينا ولانه ان كان [illegible] ففيه شبهة عدم التعين [illegible] ثمنا خلقته فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه [illegible] بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس اذا غمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ماذكرناه في قبض راس مال السلم * بخلاف خيار المخيرة * لانه يبطل بالاعراض * وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة * ووجب التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربوا الاهاء وهاء * فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض * ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقي القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق * الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الي الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر قال * ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالي وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا يتعين فينصرف العقد الي مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز * وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا * كما في المسلم فيه * ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال * ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال

الذهب بالذهب البيع ولانه لا بد من قبض احدهما البيع

بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف منه ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة
لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه
الإتيان بالواجب • وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقد
فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة
على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون
فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين
ذلك لما بينا وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لأن الاثنين قد يراد
بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد به أحدهما
فيحمل عليه لظاهر حاله • فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لأنه
صرف فيها وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر لأنه لا يمكن تسليمه
بدون الضرر ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص
السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لأنه أمكن إفراده
بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه
فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله وجهة
الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال • ومن باع إناء فضة
ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء
مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد
طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع • ولو استحق بعض الإناء فالمشتري
بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رد لأن الشركة عيب في الإناء
• ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لأنه
لا يضره التبعيض • قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع
وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف
إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري حنطة وكري شعير لهما أن في الصرف إلى
خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على

على الشيوع لا على التعيين والتغيير [illegible] تصحيح التصرف كما
اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة [illegible] يجوز وان امكن
صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد
الثمن من البائع مع عبد اخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان
امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك
احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما
وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف
الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد
كما في مقابلة الجنس بالجنس [illegible] متعين لتصحيحه فتحمل عليه تصحيحا
لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك
في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره
وينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسئلة المرابحة
لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في
المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف
الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع
والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا
في الابتداء قال ● ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع
ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل
على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان مثلا بمثل
ولا يعتبر التساوي فيهما ● ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع
الاقل منهما شيء اخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ
فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة
لا يقابلها عوض فيكون ربوا ● ومن كان له على اخر عشرة دراهم فباعه
الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة

ثم ... وهي ... استطلفت وجهه انه اعتبلهذا العقد ثم يجب عليه ... لما ذكرنا والدين ليس بمعقود العقد فلا يقع المقاصة بنفس ... المقاصة اذا تقاصا يتضمن ذلك نسخ الاول والاضافة الى الدين ... ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الي الدين نسخ الاول بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالفين وخمسمائة وزفر والحاقلنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفي ذلك للجواز حال • ويجوز بيع درهم صحيحين ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة • قال • واذا كان الغالب على الدراهم ... فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ... التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن • وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا ... النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش ... كما في الردي ... يتحقق التعامل بالرداءة والجيد والردي سواء ... غالب عليهما الغش فليس ... الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشتري بها فضة خالصة ... الذي ذكرنا في حلية السيف ان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع ... والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما

بعينها لان المعتبر هو المتعارف ولما لم يكن فيها [illegible] امة تزوج فتكون الثمانية التعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضاء منه * واذا اشتري بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما يتعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشتري بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقي بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع تجب رد المبيع ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد

قال * ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها * واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه * ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة رح يجب عليه مثلها لانها اعارة وموجبه رد العين معني والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد رح يوم الكساد على مامر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر قال * ومن اشتري شيئا بنصف درهم فلوسا جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوسا او بقيراط فلوسا جاز وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشتري بالفلوس

وانما تقدر بالعدد لان الدوانيق والدراهم فلا يختلف فبيان عددهما ونحن نقول
ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه
فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك
عن ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن
الدرهم من الفلوس وعن محمد انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم
لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك
الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا قال • ومن اعطى
صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في
الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع
النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل
لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان
جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان • ولو قال اعطني نصف درهم
فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس
بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله
وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة
الثانية كتاب الكفالة قال • الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا
ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح
قال • الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالنفس جائزة
والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر
على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال
لان له ولاية على ماله نفسه ولنا قوله عم الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية
الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه
فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه
وقد امكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة فيه قال • وتنعقد اذا

اذا قال تكفلت بنفس فلان [illegible] او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن [illegible] او عرفا على ما عرف في الطلاق • وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما [illegible] بيده او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح • وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه • او قال هو علي لانه صيغة الالتزام • او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي • وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال • فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما دري لماذا يدعي •• لو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق الحال • وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة فينتظر كالذي اعسر ولو سلمه قبل ذلك بري لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الموجل واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر بري الكفيل من الكفالة لانه اتي بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة • واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق بري لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرا لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا • وان سلمه في برية لم يبرا لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه • ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه

الزعيم غارم

برئ عند ابي حنيفة رحمه الله لقدرته على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد
يكون شهوده فيما عينه • وإذا سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ
لانه لا يقدر على المخاصمة فيه • وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس
من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط
الاحضار عن الكفيل وكذا إذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم
المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال
ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه
مقام الميت قال • ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت اليك فانا بريء
فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه
ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه
من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا إذا سلمه
اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال • وان تكفل بنفسه
على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره
الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة
وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال • ولا يبرأ عن الكفالة
بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد
منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب
المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام
فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف • ومن كفل بنفس
رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن
المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال • ومن ادعى على آخر مائة
دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به
غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف

[illegible] عليه بعد ذلك لم يلتفت
الى دعواه لانه [illegible] به الى ما عليه
ولا تصح الكفالة على هذا الوجه ان بينها ولانه لم [illegible] في غير بيان
فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس [illegible] بالمال
لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه
والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين
التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية
قال • ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة معناه
لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص
لانه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير بخلاف الحدود
الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة قوله عم لا كفالة في حد من غير فصل ولان
مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها
لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير • ولو سمحت نفسه
به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس
فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال • ولا يحبس فيها حتى
شهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة
ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف
الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة
وذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص
بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال • والرهن والكفالة جائزان
في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فتمكن ترتيب موجب
العقد عليه فيهما قال • ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه
كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق
وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان • واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان

المكفول به او [illegible] اذا كان ههنا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مقتضى الكفالة على التوسع فتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون الدين صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك ان شاء الله قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة منه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعاني كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه وصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر

بالكرعن الطالب ... يصدق ... كفيله لانه ... لا ية له عليه * ويصدق
في حق نفسه لولاية عليها قال * وتجوز الكفالة بامره ... وبغير امره
لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق ... نفع الطالب
... لا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره ... به *
فان كفل بامره رجع بما ادي عليه لانه قضي دينه بامره * وان كفل بغير امره
لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع باداثه وقوله رجع بما ادي معناه اذا ادي
... اما اذا ادي خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة
الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا
في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادي لانه لم يجب
عليه شيء حتي يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب
عن الالف على خمسماية لانه اسقاط فصار كما اذا ابرء الكفيل قال * وليس
للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل
الاداء * بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة
حكمية * قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتي يخلصه وكذا اذا
حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله * واذا ابرء
الطالب المكفول عنه او استوفي منه بري الكفيل لان براءة الاصيل توجب
براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح * وان ابراء الكفيل لم يبرء الاصيل
عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز * وكذا
اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل * ولو اخر عن الكفيل لم يكن
تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد
بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال موجلا الي شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه
لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا فبخلافه *
فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسماية فقد بريء الكفيل والذي
عليه الاصل لانه اضاف الصلح الي الالف الدين وهي على الاصيل فبريه

عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل فبرئا جميعا من خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكما فملكه فيرجع بجميع الالف * ولو كان صالحا عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة * ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمنه له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالقبض فيرجع * وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء * ولو قال برئت قال محمد رح هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال * ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل * وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه * وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة * واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون * وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة * ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى

الي الوامر او [illegible] المستأجر الي المستعير [illegible] لا واجبا * ومن
استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة [illegible] عاجز عنه
وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل علي دابة [illegible] الحمل
هو المستحق * وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو [illegible] بينا
قال * ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد [illegible] يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف
في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه
هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه
معني التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره
فلا يتوقف علي ما وراء المجلس الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض
لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان
ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما
يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته
وفيه نفع الطالب كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول
لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة * فصار كالامر بالنكاح
* ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال * واذا مات الرجل
وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة
وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط
ولهذا يبقي في حق احكام الاخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقي اذا كان
به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا
يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه
وبخلفه ففاتت عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين
واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الي الاداء باق قال * ومن كفل
عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له

ان يرجع فيه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه فلا يجوز المطالبة ... وجوبه كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي * ولانه ملكه ... على ما ذكرنا بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده * وان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل عنه المطلوب قبل الاداء انه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع * ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع ... وعند ابي يوسف ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار ... فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال * ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله على

على وهو ما به والبيع اشتر[illegible] [illegible] الجبر او غير متعين وكذا الثمن غير متعين [illegible] الكفالة لا مطلق للدين وكذا [illegible] للمشتري

ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح * ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما يقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعوى احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما في زعمه * ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه بدون الكفالة فتنزل منزلة الاقرار بملك البايع * ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا

وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب على اقرار المتعاقدين فلا يكون تسليما

في الضمان قال • ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع

رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد

منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد

عليه كاشتراطه على المودع والمستعير • وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة

وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير

ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه

ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باع بصفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان

يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال • ومن ضمن

عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف

الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا يؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما

النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف

لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان

اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحه وممن

يميل الى الصحة الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها

او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب

ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه • ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر

وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة

الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين

ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين

لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في

الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في

الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا

على الاصيل والشافعي رحه الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحه فيما يروى عنه

فله الحق الاول بالثاني و[illegible] اشتري جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضي [illegible] على البايع لان بمجرد الاستحقاق لا تنتقض البيع على ظاهر الرواية [illegible] له بالثمن على البايع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البايع والكفيل وعن ابي يوسف رحمه الله يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق و[illegible] الزيادات في ترتيب الاصل • ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البايع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا • ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

• واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يوديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيودي الى الدور • واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتتسع

الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وليس شيئا يحتسبه من الكل كما انه فلا يرجع بالنصف على ... بخلاف ما تقدم فيرجع على ... ولا يؤدي الى الدور لان ... الاستواء ... برجوع احدهما ... فلا يفضي الى الدور ... عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما ادياه او احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل جميع المال عنه بامره • واذا ابراء رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما بيناه ولهذا ياخذه به • واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة • ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي ما يزيد على النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين • واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة • ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغني عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف • وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة • فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدي عنه

عنه بامره وايهما اد[illegible] لم يرجع [illegible] لانه ادي عن نفسه

والله اعلم بالصواب ـ فصل في كفالة العبد وعنه • ومن [illegible] عبد مالا لا يجب

عليه حتي يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لا[illegible] حال عليه

لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب به لعسرته اذ جميع [illegible] في يده

ملك المولي ولم يرض بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر فصار كما اذا

كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بمؤخر ثم اذا ادي

رجع علي العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل

لقيامه مقامه • ومن ادعي علي عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد بري

الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا • فان ادعي رقبة

العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل

قيمته لان علي المولي ردها علي وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك

وبعد الموت يبقي القيمة واجبة علي الاصيل فكذا علي الكفيل بخلاف الاول

قال • واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولي كفل عنه فاداه

بعد العتق لم يرجع واحد منهما علي صاحبه وقال زفر رح يرجع ومعني الوجه

الاول ان لا يكون علي العبد دين حتي تصح الكفالة بالمال عن المولي اذا كان بامره

اما كفالته عن العبد فتصح علي كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة

بامره والمانع وهو الرق وقد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولي

لا يستوجب علي عبده دينا وكذا العبد علي مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن

كفل عن غيره بغير امره فاجازه • ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به

او عبد لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز

نفسه سقط ولا يمكن اثباته علي هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا

ينافي معني الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول

ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده • كتاب الحوالة قال • وهي جائزة

بالديون قال عم من احيل علي ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر علي تسليمه

فيصح كالكفالة وانما اختص بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل
في الدين لا في العين قال * وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه
اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه
واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل
فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه
تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا
لم يكن بامره قال * واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رح
لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة
ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم
والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى والاحسن
في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه
بالتوي فلم يكن متبرعا قال * ولا يرجع المحتال له على المحيل الا ان يتوى
حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توي لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود
الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة
لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال * والتوي عند
ابي حنيفة رح احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه
او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوي
في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه
حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما
لان مال الله غاد ورائح قال * واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة
فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين
لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه
دينا وهو منكر والقول للمنكر ولا يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها
قد تكون بدونه * واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال

[illegible] المحتال يدعي عليه
الدين وهو منكر والمطلقة [illegible] الحوالة مستعملة في الوكالة لكون [illegible] مع يمينه
قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز [illegible] القضاء
فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت
مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة
بالدين [illegible] المقيد في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال
عليه لانه تعلق به حق المحتال له على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد
موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبته به فياخذ منه لبطلت الحوالة
وهي حق المحتال له بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل
الحوالة باخذ ما عليه او عنده ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض
سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عم عن قرض
جر نفعا كتاب ادب القاضي قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع
في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء
يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان
اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية
القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما
في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا
ولو كان القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل
وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رح وقال الشافعي رح الفاسق لا يجوز
قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رح في النوادر انه لا يجوز
قضاؤه وقال بعض المشايخ رح اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل
ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل
يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات
وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذرا عن النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح

ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوي غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الي مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رض تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطي ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو اهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل اليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رض تقلدوا من معاوية رض والحق كان بيد علي رض في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها

فيها لانها وضعت فيها لتكون [illegible] في يد من له ولاية
القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح
لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الي المولي وكذا اذا كان من مال القاضي
هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا و يبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول
او امينه و يسالانه شيئا فشيئا و يجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا
يشتبه علي المولي وهذا السوال لكشف الحال لا للالزام قال • و ينظر
في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا • فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم
• ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا
وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كان علي فعل نفسه • فان لم تقم لم يعجل
بتخليته حتي ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا
فلا يعجل كيلا يودي الي ابطال حق الغير • وينظر في الودايع و ارتفاع الوقوف
فيعمل فيه علي ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده • لان كل ذلك
حجة ولا يقبل قول المعزول لما بيناه الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول
سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فتصح
اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بداء بالاقرار لغيره فيسلم ما في يده
الي المقر له الاول لسبق حقه قال • و يجلس الحاكم للحكم جلوسا ظاهرا
في المسجد كيلا يشتبه مكانه علي الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولي
لانه اشهر وقال الشافعي ره يكره الجلوس بالنص في المسجد للقضاء لانه يحضره
المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عم انما
بني المسجد لذكر الله تعالي والحكم وكان رسول الله عم يفصل الخصومة
في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات
ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده
لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الي
باب المسجد او يبعث من يفصل بينها و بين خصمها كما اذا كانت الخصومة

في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول عليها ويجلس
معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة * ولا يقبل هدية
الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول
صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير
آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته ايضا وكذا اذا
زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه *
ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة
ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه وان كانت
خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال
* ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال عم للمسلم
على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين * ولا يضيف احد الخصمين دون
خصمه لان النبي عم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال * واذا حضرا سوى بينهما
في الجلوس والاقبال لقوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم
في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة
للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه * ولا يضحك في وجه
احدهما لانه يجترئ على خصمه * ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب
بمهابة القضاء * ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا
لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رح في غير
موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة
الاشخاص والتكفيل فصـــــل في الحبس قال * واذا ثبت الحق
عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع
ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره
لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب
المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت

يسقط بذلك وروي الطحاوي [illegible] ان استحسن [illegible] لانه لا بد من مال حصل
في يده كثمن المبيع او القرض بعقد كالمهر والكفالة لا بد [illegible] المال في يده
ثبت غناه به والاقدام على الالتزام باختياره دليل يسار [illegible] الا اذا قدر
على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله • ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال
اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول
قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين
في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة
القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان
تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق
بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله في
ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة
فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسال عنه فالحبس
لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من
ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير
بشهر واربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى راي القاضي
لاختلاف احوال الاشخاص فيه • فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد
مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما
ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية وفي رواية لا تقبل
وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه
وبين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر • وفي
الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان
موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي
او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده • قال
• ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع • ولا يحبس الوالد

في دين الله لانه لو ... عدوه ان يتهمه الولد على والده ... والفاسق
اذا امتنع عن ... علمه لا ريبة ... ولا به لا ... لسقوطه
بعضهم ... والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

* ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين * فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله

قال * ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال * ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم * ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمه لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على

ملق حفظه وقال ابو يوسف ره آخرا شئ من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم انه كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف ره ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي ره قول ابي يوسف ره • فاذا وصل الي القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال • فاذا سلمه الشهود اليه نظر الي ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه علي الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ره وقال ابو يوسف ره اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله علي ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف ره لانه ربما يحتاج الي زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب علي القضاء حتي لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الي فلان بن فلان القاضي بكذا والي كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معروف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الي كل من يصل اليه علي ما عليه مشايخنا ره لانه غير معروف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب علي وارثه لقيامه مقامه • ولا يقبل كتاب القاضي الي القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة علي الشهادة ولان مبناهما علي الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما فصل آخر • ويجوز قضاء المراة في كل شئ الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف علي القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه

على شرف الفوات لتوقفه فكان الامر به اذنا له دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال • واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطا عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال • وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسالة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال • ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فيظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة • ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا

سهبا لما يدعيه على الحاضر وهذا في [illegible] اما اذا كان شرطا لحقه فلا يعجزيه في جعله خصما عن الغائب والمذكور [illegible] في الجامع قال • ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في [illegible] مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج [illegible] الكتابة لتحفظه • وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج [illegible] بمنزلة الوصي في امر الربوا يتبين لعجزه عن الاستخراج باب

التحكيم • واذا حكم رجلان رجلا لحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى • ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا • واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما • واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه • وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه • ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكماه في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرايه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على

دعوى فلا بد من الحجة ... بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريته
وانكره ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد
والمعنى ما ذكرناه حتى لو نفى العقد يحتمل الفسخ بينهما فالقول له يتفرد برد الاقرار
بالقبول قال • ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام
المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء
ولو قال وما اعرفك لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا
ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة
الا ترى انه يقال قضى باطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا اذا
قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط
ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه
لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر
القدوري رحمه الله انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدر قد يؤذى بالشغب على
بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق قال •
ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على
الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب
لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رحمه الله تقبل اعتبارا بما ذكرنا في
القضاء ... شرط البراءة تغيير العقد ... وعند الابراء ... يدعي
وجود البيع ... باطلا
على ما مر قال • ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي
ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه
ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله تعالى
هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار
لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل
في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل

الكل * كما في الكلمات المحظورة مثل قوله لعبده انت [illegible] الى وعليه المشي
الى بيت الله تعالى ان شاء * ولو ترك فرجة فالوالا يلتحق به [illegible] السكوت

فصـــــل في القضاء بالمواريث قال * واذا مات نصراني [illegible] امراته
مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول
قول الورثة وقال زفر ره القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب
الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما
للحال * كما في جريان ماء الطاحونة * وهذا ظاهر يعتبر للدفع وما ذكره
هو يعتبر للاستحقاق * ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة
بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة بعد موته فالقول قولهم
ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه
اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال * ومن مات
وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت
لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة
فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة * بخلاف ما اذا اقر لرجل انه
وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يومر بالدفع اليه لانه اقر
بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته
بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها
فيكون اقرارا على نفسه فيومر بالدفع اليه * ولو قال المودع لآخر هذا ابنه
ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول
انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني *
كما لو كان الاول ابنا معروفا * ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين
اقر للثاني له مكذب فلم يصح قال * واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه
لا يوخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم
وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا ياخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث ا

بالشهادة ولم يقل انه لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب
والظاهر ان في التركة وارثا غائبا فان الموت قد يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبهما واعطى امرأة الغائب النفقة
من ماله ولابي حنيفة ره ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق
موهوم الى زمان التكفيل * كمن اثبت الشراء ممن في يده * او اثبت
الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل * ولان المكفول له مجهول فصار
كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم
واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل لم يؤخذ بعلامة
اللقطة والمراد العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع
وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله
ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه المعتزل قال * واذا كانت الدار في يد رجل
واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب
قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه
بكفيل وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ منه
وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك
المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا
واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده
قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة
معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق
لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها
* ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار * وكذا حكم
وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول
ابي حنيفة ره فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء
الخصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى

إلى احضار الجملة ويصل إليه النصف بلا قضاء ولأن احد الورثة ينتصب
خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما
هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف
الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا
لا يستوفي إلا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت
استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه
لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين
صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء
والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية
وجه الاستحسان ان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى
ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة
كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو
مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه
الارض العشرية عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة
الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لانها سبب المؤنة
اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض
مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم
من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ
الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل
عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب
يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة
ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم
وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة
وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

قال • ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي
والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز
في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله
وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان
الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية
المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة
الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي • ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه
اثبات حق لا الزام امر قال • ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان
او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات
وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط
احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته
كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية
عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا قال • واذا باع القاضي او امينه
عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم
مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل واحد منهم لا تلحقه ضمان كيلا
يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء
لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد
محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق
او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة
عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال • ويرجع الوصي
على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا
ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث
اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصـــــــــل • واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع

ويظهر به رجعت [illegible] انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله احتمل الغلط [illegible] والتدارك متعذر ويمكن وعلى هذه الرواية لا تقبل كتابه واستحسن المشايخ [illegible] لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال * واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاضي ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي * ولو اقر القاطع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا * ولو زعم المقطوع يده والماخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا وهو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان * فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا * ولو اقر القاطع او الاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق * ولو كان المال في يد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يوخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه

كتاب [illegible] الشهادة • الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم
كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ولقوله تعالى
ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط الطلب لانها حق المدعي فلا بد
من [illegible] موقوف على طلبه كسائر الحقوق • والشهادة في الحدود يخير فيها
الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك
• والستر افضل لقوله عم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك
وقال عم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل
من تلقين الدرء عن النبي عم واصحابه رض دلالة ظاهرة على افضلية
الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه
ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع
والضمان لا يجامع القطع فلا [illegible] • والشهادة على مراتب منها
الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين
الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا
باربعة شهداء • ولا يقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رض مضت السنة
من لدن رسول الله عم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود
والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما
يندرئ بالشبهات • ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة
رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم • ولا يقبل فيها شهادة
النساء لما ذكرنا • ومنها ما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل
وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية
ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال
وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية
فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن
وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا وقل وقوعا فلا يلحق

يلتحق بما هو ادنى خطرا او اكثر وجودا فدل ان [illegible] لوجود ما ينبني
عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد
وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل [illegible] الاخبار
ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة
فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم
قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن * ويقبل في الولادة
والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة
لقوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى
بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي ره في اشتراط
الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف
فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام
ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدت انها
بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تايدت بمؤيد اذ البكارة اصل
وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع
لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع * واما شهادتهن
على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة ره في حق الارث * لانه
مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانها من امور الدين * وعندهما
تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال فصار
كشهادتهن على نفس الولادة * ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة
فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته
اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والمرضي من الشاهد هو العدل
ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق
لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف ره ان الفاسق اذا كان
وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع

عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لا يقبل شهادة الفاسق فيصح

عندنا والمسألة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها

اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ

اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة

الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء

في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص

بمجلس القضاء • ويشترط فيها الحرية والاسلام قال ابو حنيفة ره يقتصر الحاكم

على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عم المسلمون

عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك يروى عن عمر رض

ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع

• الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط

الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة • وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم

لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ره ومحمد ره لا بد

ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبناه على الحجة

وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان

وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية

في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها

المعدل وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد

ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية

وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زماننا تحرزا عن الفتنة

ويروى عن محمد ره تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل

هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان

الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال • وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود

لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعا عليه وعن ابي يوسف ومحمد ره انه

لا تجوز التزكية من عند محمد رحمه ويضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد
عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب
في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول
الا انهم اخطاء واو نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد
اعترف بالحق • والواحد يجوز رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود والواحد يجازى
والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه وقال محمد رحمه لا يجوز
الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي
والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء
يبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة
فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى
الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد
امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها • ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي
في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد
بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط
الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه فصل • وما يتحمله
الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار
والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه
ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن
في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي
عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال • ويقول اشهد انه باع
ولا يقول اشهدني لانه كذب • ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد ولو
فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم الا اذا كان دخل البيت
وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره
فسمع اقرار الداخل ولا يراه الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم

في هذه الصورة ومنه ... تكلمه بنفسه مثل المعاملة على الشهادة فاذا سمع شاهد ا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره • ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا على الاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره ... ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت • ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه ... والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك ... والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضي انه يشهد ... السامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك ... ثم

للشهادة لو او اكثر لا تقبل كذا المعقول ولو رأى [illegible] مجلس القضاء يدخل عليه
الخصوم حل له ان يشهد على كونه القاضي [illegible] اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط
كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى [illegible] في يد غيره
ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي
قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع
في الولاء والوقف وعن ابي يوسف ره آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة
النسب لقوله عم الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد ره انه يجوز في الوقف
لانه تبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد
فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة
بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر * ومن كان في يده
شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به
على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف ره
انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا
لاطلاق محمد ره في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي ره
دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا ره لان اليد متنوعة الى امانة
وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك حل له
ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت
بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له
واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون
في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما
فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا
على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة ره
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل قال * ولا تقبل شهادة الاعمى

وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة رح تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولاخلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رح يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التميز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يتميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره * ولا المحدود في القذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح يقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن * وان حد الكافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدث له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق * ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه ولاجداده والاصل فيه قوله عم لا يقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رح والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه

[illegible] لقوله عليه السلام [illegible] وقيل المراد
بالاجير المسانهة او المشاهرة او المياومة فيستوجب الاجر بمقابلة منافعه فصار
كالمستاجر عليها • ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر [illegible]
رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متميزة • ولهذا يجري
القصاص والحبس بالدين بينهما • ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما
في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة
وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم
لانه لا ولاية له على المشهود به • ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه
من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال
موقوف مراعى • ولا لمكاتبه لما قلنا • ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو
من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما
تقبل لانتفاء التهمة • وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان
الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال
• ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق
فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة • ولا نائحة
ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة
والمغنية • ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه • ولا من يلعب
بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه
ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني • ولا من يغني
للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة • ولا من يأتي بابا من الكبائر التي
يتعلق بها الحد للفسق قال • ولا من يدخل الحمام من غير ازار لان كشف العورة حرام
• او يأكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك
من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع
من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا

مشهورا به لان الانسان قلما يخلو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا
قال * ولا من يفعل الافعال المستقبحة كالبول على الطريق والاكل على الطريق
لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم
ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه
* وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ
وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به للمنع
عن الكذب وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا
لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض
يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة
فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم * وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم
على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل
لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف
في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ان النبي
عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية
على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق
من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب
محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم
لانه لا ولاية له على المسلم بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه
وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وملل الكفر وان
اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول * ولا تقبل شهادة الحربي
على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل
دارنا وهو اعلى حالا منه * وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا
من اهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف
الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث * بخلاف الذمي لانه من اهل

بالكبائر ولا كذلك المسامحة فكانت [illegible] من السيئات والرجل
يجتنب الكبائر تقبل شهادته وان اتى بصغيرة هذا هو الصحيح في حد العدالة
المعتبرة اذ لا بد له من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا
فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا يرد به الشهادة المشروعة
لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق • وتقبل
شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق
بهذا الصنيع عدلا • والخصي فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي
ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال • وولد الزنا لان فسق
الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رح لا تقبل في الزنا
لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه
والكلام في العدل قال • وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امراة وشهادة
الجنسين مقبولة بالنص • وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان
عند عامة المشائخ رح لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم
وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل
شهادته كما مر عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب
حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة قال • واذا شهد الرجلان
ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز
وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان
لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا
الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان
ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكتفي القاضي
بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان
اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف
باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب

الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين يجب عليهما دين تقبل
الشهادة وان لم يكن الموت معروفا فالمديونان يقران على انفسهما فيثبت الموت
باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة
فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل
عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة
* ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق
مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك
الستر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق
وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك
لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال * ولو اقام المدعى عليه البينة
ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار
وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه
في ذلك اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر
الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي
كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها
على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا
علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام
البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك
المدعي تقبل قال * ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي
فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان
يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة
مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف
ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي
بتلبيسه وخيانة من الشاهد فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل

[illegible] وهذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال * ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال قال * وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطف احديهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابراته عنها

قبلت لتوفيقه قال • واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما
بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله قضاه خمسمائة لانه شهادة فرد الا ان
يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء
مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم
بذلك ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا
على الظلم وقال في الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم
فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما
بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رح
لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض
ومثله لا يمنع القبول قال • واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران
انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتين لان احديهما
كاذبة بيقين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم
حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض
بالثانية قال • واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال
احدهما بقرة والاخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يقطع
في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة
لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء
غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى
لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل
في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان في واحد فيكون السواد
من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب
لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة
وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه • ومن شهد لرجل انه اشترى
عبدا من فلان بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود

المقصود اثبات السبب وهو العقد و[illegible] فيختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب [illegible] اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بينهما في هذا الوجه بين ان يدعي اقل المالين او [illegible] الا بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد [illegible] هو المولي لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف ره مع قول ابي حنيفة ره ولهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة ره ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك للمورث (قاعدة كلية) لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد ره خلافا لابي يوسف ره هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة

بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجددة في حق العين
*حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة *ويحل للوارث الغني ما كان صدقة
على المورث الفقير * فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك
المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على
ما نذكره وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير
والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغني ذلك عن الجر والنقل * وان شهدوا
انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي
عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل
فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت * وان قالوا لرجل حي نشهد
انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل * وعن ابي يوسف انها تقبل
لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار
كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت
بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الي ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء
باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه
معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد
المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة * وان اقر بذلك المدعا عليه دفعت
الي المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار * وان شهد شاهدان
انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار
وهو معلوم كتاب الشهادة على الشهادة قال * الشهادة جائزة
في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد
الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم يجز الشهادة على
الشهادة ادي الي تواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان
كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من ان فيها زيادة احتمال وقد امكن
الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ١

والقصاص • وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين • وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد
واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رض لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين
ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل •
ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله
ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة • وصفة الاشهاد ان يقول شاهد
الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلانا بن فلان اقر عندي
بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل
والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس
القضاء • وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له
الشهادة وان لم يقل له اشهد • ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا
اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي
بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ
اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها • ومن قال اشهدني فلان
على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه
لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد ره لان القضاء عنده بشهادة الفروع
والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد
من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة • ولا تقبل شهادة
شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا
او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة
انما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر
لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى اديرت عليها عدة من الاحكام
فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف ره انه ان كان في مكان لو غدا لاداء
الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا

الاول احق والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال * فان عدل شهود
الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل
احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته
لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول
في حق نفسه وان رد شهادة صاحبه فلا تهمة * وان سكتوا عن تعديلهم
جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل
لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل
ولابي يوسف رح ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم
واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا * وان انكر
شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت
للتعارض بين الخبرين وهو شرط * واذا شهد رجلان على شهادة رجلين
على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء
بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان ان
انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق
على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا
الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين
يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان
الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده * وكذلك كتاب القاضي
الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته
ووفور ولايته ينفرد بالنقل * ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز
حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه
في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية
خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة

[illegible] الكبيرة [illegible] كان يتم فذكر الجد
عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رحمهم [illegible] الروايات فذكر
الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة [illegible] الادنى

فصل قال ابوحنيفة رح شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رح لهما ماروي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهره ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رض محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرءكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رح انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور ولم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال • واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه • فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به • وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم

بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار لاستقراره من بعد * ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح * اذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الي القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين * فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق * وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع * فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق * وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي * وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق * وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق * وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع * وان رجع الرجال والنساء فعلى الرجل [illegible] وعلى

وعلي النسوة [illegible] عند ابي [illegible] وعلي الرجل النصف وعلي النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل وكل واحد صار كما اذا شهد بذلك عشرة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق علي القولين لما قلنا * ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم * وان شهد شاهدان علي امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة علي ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك اذا شهدا علي رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبني الضمان علي المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض * وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض * وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معني نظرا الي العوض * وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البايع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهما * وان شهدا علي رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا علي شرف السقوط الا تري انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معني الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما * وان شهدا

على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما • وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي ره يقتص منهم لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره وللولي الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب ما يفضي اليه غالبا وههنا لا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم • ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء • وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد ره وعند ابي حنيفة وابي يوسف ره لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد ره المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين • وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في ذلك لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم • ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال • وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود

كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة [illegible] يعمل بها الا التزكية
فصارت بمعني علة العلة بخلاف شهود الاحصان لا نه [illegible] • واذا شهد
شاهدان باليمين وشاهدان لوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين
خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الي مثبتي السبب دون الشرط المحض
الا تري ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط
وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعني المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة قال • كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز
ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض
الاحوال فيحتاج الي ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح
ان النبي عم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن سلمة رض
• ويجوز الوكالة بالخصومة في ساير الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس
كل احد يهتدي الي وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رض وكل فيها عقيلا
وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رض • وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود
والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها
تندري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب
الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة
لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد
باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ره
لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد ره
مع ابي حنيفة ره وقيل مع ابي يوسف ره وقيل هذا الاختلاف في غيبته
دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الي الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم
بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما
في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة ره ان الخصومة
شرط محض لان الوجوب مضاف الي الجناية والظهور الي الشهادة فيجري

فيه التوكيل كما في سائر الحقوق على ما قاله بخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة رحمه فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه [redacted] الامر به

• وقال ابو حنيفة ره لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم [redacted] الموكل مريضا او غايبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي ره ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لا يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة • ولو كانت المراة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي ره يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضه وهذا شيء استحسنه المتاخرون قال

• ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن تملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل تملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره • ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا • واذا وكل الحر العاقل البالغ او الماذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة • وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور

بعيو راهليته والعبد محق حيد ه فيلزم الموكل [illegible] ان المشتري اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي او مجنون او [illegible] له الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه يتعلق بالعاقد فاذا ظهر [illegible] يتخير كما اذا عثر على عيب قال * والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه يتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغني عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فيتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشتري ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال رض وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره قال * وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل * ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له * فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجري البيع من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يتلاقى محلا مملوكا لغيره فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة

والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال • واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما بينا ان الحقوق الى العاقد • فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قال • ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار • الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة قاعدة كلية
تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال له اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشتمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار

[illegible] الثوب [illegible] من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدابة [illegible] الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال [illegible] فيتعذر الامتثال قال * وان سمي ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب [illegible] نوعه وكذا اذا سمي نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال * ومن دفع الى اخر [illegible] وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة * كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم * وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال * واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال * ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز * فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسولين لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال * واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن

يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة
الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون
راضيا بدفعه من ماله • فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل
ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده
• وله ان يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل وقال
زفر ره ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق
الحبس قلنا هذا مما لايمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس
على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه
فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف ره وضمان الغصب عند زفر ره
لانه منع بغير حق وضمان المبيع عند محمد ره وهو قول ابي حنيفة ره لهما انه
بمنزلة البايع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف
ره انه مضمون للاستيفاء بالحبس بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف
المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق
الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله
بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع
منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة ره
وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد ره مع ابي حنيفة ره
ومحمد ره لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف ره انه امره بصرف
الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد
زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة
انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فنفذ شراءها عليه وشراء
العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل
فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير
مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود

تعذر نفوذ الامر قال * ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه
لانه يؤدي الى تغييرالا مر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه
على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمي فاشتري بخلاف جنسه
اولم يكن مسمي فاشتري بغيرالنقود او وكل وكيلا بشرائه فاشتري الثاني
وهو غايب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الامر
فينفذ عليه ولو اشتري الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول
لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشتري
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او نشتريه بمال الموكل
قال العبد الضعيف رض هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الي دراهم
الا مركان للا مر وهو المراد عندي بقوله او نشتريه بمال الموكل دون النقد
من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الي دراهم
نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء
لنفسه باضافة العقد الي دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم
مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه
ويعمل للامر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه
دلالة ظاهرة على ماذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد ره
هو للعاقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت
وعند ابي يوسف ره يحكم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقي
موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان ما تصادقهما
يحتمل النية للامر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب
والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال * ومن امر رجلا بشراء عبد
بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول
الامر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر
عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الامر وهو ينكر والقول للمنكر

وفي الوجه الثاني هو امين يريد التخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان العبد ميتا حين اختلفا انكان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رح لانه يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رح القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لابي حنيفة رح * ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان لفلان ان ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق * فان قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له لان الاقرار ارتد برده قال * الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه * ثم سلمه المشتري اليه ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر قال * ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع * الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة

[illegible] الي تمام الزيادة [illegible] لا يجوز الا ان يشتري
الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا [illegible] فامر وقد حصل
غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف و[illegible] الا دلالة
والصريح يفوقها قال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما [illegible] بنصف
الالف مما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله
الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما [illegible]
لابد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل
غرض الامر قال * ومن له على آخر الف درهم فامره بان يشتري بها هذا العبد
فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البايع ولو عين البايع يجوز على
ما نذكره قال * وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده
قبل ان يقبضه الامر مات من مال المشتري وان قبضه الامر فهو له وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم
ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات
دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا تبطل
العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل
كيده ولابي حنيفة رح انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين
منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا
تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه
وذلك لا يجوز * كما اذا اشترى بدين على غير المشتري * او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت
بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف
ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل
نفذ الشراء على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه لانعقاد البيع تعاطيا
قال * ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر

المراد بالصرف الدفع لا بيع الصرف

اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده
اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة
والموكل يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت قيمتها خمسمائة فالقول قول
الامر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر امره بما يساوي
الفا فيضمن قال • وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الامر فان كانت
قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل
والوكيل في هذا ينزلان منزلة البايع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن
وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المامور
قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الامر
اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البايع المامور فالقول قول المامور
مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر
وفي المسألة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر
معظم يمين التحالف وهو يمين البايع والبايع بعد استيفاء الثمن اجنبي
عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي
الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر والله اعلم بالصواب فصل
في التوكيل بشراء نفس العبد قال • واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي
من المولى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه
على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد
نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه
اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء • وان لم يبين للمولى فهو
عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين
فيحافظ عليها بخلاف شري العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة
يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله
ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشري العبد من

[illegible] على نمط واحد
وفي الحالين المطالبة يتوجه نحو العاقد اما ههنا [illegible] معقب للولاء
ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب [illegible] المحضة
فلا بد من البيان * ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني
نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء
نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته
في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن فاذا اضافه
الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر * وان عقد لنفسه فهو حر لانه
اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء معين
ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني
نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا
بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه فصـــــل في البيع قال * والوكيل بالبيع
والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه
لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف
العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب
المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات
وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار
بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال * والوكيل
بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه
بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر
يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف
البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد
والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه

وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع * ولهذا لا يملكه الاب والوصي * وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه * حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به * غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال * والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وبزيادة يتغابن الناس في مثلها * ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الامر لانه لا يملك شراءه لنفسه * وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة * ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال * والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال * واذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق من قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى * وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما * وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى

في شرايه شفعتها [illegible] التبري البائع قبل [illegible] ين انه يقع وسيلة
لينفذ على الامر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في [illegible] تحقق التهمة
على ما مر والاجبار ان الامر بالبيع صادف ملكه فيصح فيعتبر [illegible] الاطلاق
والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق
قال * ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري
عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او بإباء يمين او باقرار فانه
يرده على الامر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البايع فلم يكن قضاؤه
مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه
لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى
هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن
وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى
لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على
الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال * وكذلك ان رده عليه بعيب
يحدث مثله ببينة او بإباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر
في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الامر قال
* فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه
لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله
بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء باقرار والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له
ان يخاصم بايعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء
فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث
الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة
ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير
خصومة في رواية القاضي لان الرد متعين فصار كالرجوع في الهبة وتسليم
الشفعة وقضاء الدين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا انه

بتـــداء وعقد للتراضي والمحقق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية بالطول من هذا *
ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق * وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بلفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة ره وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم * ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه *

فصل * واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي براي هما لا براي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري قال * الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والراي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة * او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء * وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا

في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الى آخره

بذ بقولهما * وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه [illegible] التصرف دون
التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الاراء [illegible] باذن له
الموكل لوجود الرضاء *او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض [illegible] رأيه
*فاذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول [illegible]
ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي
*فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي
الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه *وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه
فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه
*ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الراي يحتاج اليه فيه
لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه
لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهران غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار
المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه
رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال *واذا زوج المكاتب او العبد
او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف
في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه
فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل
شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق
ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم
فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رح المرتد اذا قتل على ردته والحربي
كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى ان يسلب الولاية واما المرتد فتصرفه
في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها
ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل
على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح با

ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري

الوكالة بالخصومة والقبض قال * الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عند نا خلافا
لزفر رحمه هو يقول انه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا
ان من ملك شياء ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاءها بالقبض والفتوي اليوم
علي قول زفر ره لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يوتمن علي الخصومة
من لا يوتمن علي المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض علي اصل الرواية
لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض علي الوضع فالفتوي علي
ان لا يملك قال * فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة
احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة علي ما مر قال والوكيل بقبض الدين ن اليه شغب
يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة ره حتي لو اقيمت عليه البينة علي
استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة ره لان القبض غير الخصومة وليس كل من يوتمن علي المال يهتدي
في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضا بها ولابي حنيفة ره انه وكله بالتملك
لان الديون تقضي بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين
حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء
والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض
كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة
الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها بخلاف
الوكيل بقبض العين قال * والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع
لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتي ان من وكل وكيلا
بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر
حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة
قامت لا علي خصم فلم يثبت البيع فيدفع الي الوكيل فلا يعتبر وجه الاستحسان
انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده وان لم يثبت
البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة علي البيع فصار كما اذا قام البينة علي ان

[illegible] وكذلك العتاق
والطلاق وغير ذلك معناه فلا قامت المراة البينة على [illegible] والعبد والامة
على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا
دون العتق والطلاق قال * واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي
جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد ره استحسانا
الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف ره يجوز اقراره عليه وان اقر في غير
مجلس القضاء وقال زفر والشافعي ره لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف
ره اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده
لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح
اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان
العادة بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل
صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما
عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى
الاقرار فعن ابي يوسف ره انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد ره انه يصح لان
التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه
انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه
وتخيير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف ره ان الوكيل قايم مقام
الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل
تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء
خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له
لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب في مجلس
القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس
القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يومر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار
كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال

* ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء وطالبه الطالب بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال * ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء * ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال * الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان * ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المودي صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه * ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر بمال الغير بخلاف الدين * ومن ادعى انه مات ابوه

لان الوكيل من يعمل لغيره

[illegible] او ترك الوديعة ميراثا له [illegible] بالدفع اليه لانه

لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث * و[illegible] انه اشتري

الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه [illegible] حيا كان

اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوي البيع عليه [illegible] وكل

وكيلا بقبض ماله فادعي الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع اليه

لان الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق

قال * ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائبه

قال * ومن وكله بعيب في جارية فادعي البائع رضا المشتري لم ترد عليه

حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد

ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء

بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه

ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما قالوا يجب

ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما

لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه

يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوي البائع فينتظر

للنظر قال * ومن دفع الي رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عشرة

عليهم من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم

فيه ماذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك

ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما

الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال * والموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله

الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب

لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم

يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به

من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فيعجز من مال الموكل
ويسلم المبيع بسببه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه
الاول وايراد ذا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فيما تقدم قال و يبطل
الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل
تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلابد من قيام الامر وقد بطل
بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء
وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم
وليلة لانه يسقط به الصلواة الخمس فصار كالميت وقال محمد رح حول كامل
لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول
ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ
وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا يبطل
وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير • وان كان
الموكل امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب
لان ردتها لا يؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له
ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل
علم اولم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر
والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف
على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال • واذا مات الوكيل او جن جنونا
مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته • وان لحق
بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رض وهذا عند
محمد رح فاما عند ابي يوسف رح لا يعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع
المانع اما الوكيل يتصرف بمعاني قايمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين
الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف رح انه
اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك

لأن المرتدة لا تقتل

[illegible] وباللحاق تحق باق المؤتنات [illegible] في ام الولد

والمدبر • ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب [illegible] تعود الوكالة

في الظاهر وعن محمد ره انه تعود كما قال في الوكيل والفرق [illegible] الظاهر

ان مبني الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل [illegible]

قائم به ولم يزل باللحاق قال • ومن وكل اخر بشي ثم تصرف بنفسه [illegible]

وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق

عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة

او بشراء شي فعله بنفسه او يوكل بطلاق وطلقها الزوج ثلثا او واحدة

وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل

التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها

منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج

الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب

بقضاء القاضي فعن ابي يوسف ره ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه

منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد ره له ان يبيعه مرة اخرى لان

الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهبه

بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب ثانيا لانه مختار في الرجوع فكان دليل

عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد

اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم كتاب الدعوى

قال • المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر

على الخصومة اذا تركها ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتني عليه مسائل

الدعوى وقد اختلفت عبارات المشائخ فيه فمنها ما قال في الكتاب

وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه

من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك

بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد ره في الاصل المدعى

عليه هو المنكر وهو الصحيح [illegible] في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق
من اصحابنا رح لان الاعتبار للمعاني دون الصور [illegible] المودع اذا قال رددت
الوديعة القول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد [illegible] ينكر الضمان
معنى قال * ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره لان
فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق
* فان كان عيناً في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا
في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة
في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى
وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من اخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر
ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره
قال * وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعا معلوما لان العين لا تعرف
بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث
يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال * فان ادعى عقاراً حدده
وذكر انه في يد المدعا عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة
لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة
ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام
التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهوراً
يكتفي بذكره فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر رح
لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعي ولا كذلك
بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب
وذكر انه في يد المدعي عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده
وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده
بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة
اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله انه

يطالبه به لان المطالبة [illegible] يكون مرهونا

في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول [illegible] وعن هذا

قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان [illegible] الذمة

ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة

لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال • واذا صحت الدعوى

سال القاضي المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم • فان اعترف قضى عليه بها لان

الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه • وان انكر سال القاضي المدعي البينة

لقوله عم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد البينة

فلا بد من السوال ليمكنه الاستحلاف قال • وان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة

عنها • وان عجز عن ذلك فطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد

من طلبه لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

باستحلاف اليمين • واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين

لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح

يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة

رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا

فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رح مع

ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي رح

قال • ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عم البينة على المدعي واليمين على

من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين

وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح قال • ولا تقبل بينة

صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رح يقضي

ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح

ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر

اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل

مطلق الملك بخلاف النتاج لانه لا يتكرر تدل عليه وكذا على الاعتاق والاستيلاد
وعلى الولاء الثابت بها قال * واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه
بالنكول والزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي رح لا [illegible] يرد اليمين
على المدعي فاذا حلف يقضي به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة
والترفع عن الصادقة فاشتبه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال
ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه
باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لا قدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا
للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين
على المدعي لما قدمناه قال * وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض
عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار
لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال * فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات
قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة
في ابداء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه
هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون
حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس
هو الصحيح قال * وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح
ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد
والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك
كله الا في الحدود واللعان فصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي
وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره
ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار
على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه
اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحدود
ولابي حنيفة رح انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله

قسم القسمة تنافي الشركة

ان النكول دل على كونه باذلا الخ

طرش كري

لولا ذلك قدم على يمين اقامة واجب

وفايدة الاستحلاف القضاء بالنكول [illegible] الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون * بمنزلة الضيافة اليسيرة * [illegible] الذين بناؤه على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا [illegible] وامر المال هين قال * ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان [illegible] يفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان * واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوي المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فكذا في النسب اذا ادعي حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولي والزوج في حقهما قال * ومن ادعي قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما ولا يثبت به القصاص ويجب فيه المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعني من جهة من عليه * كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد * ولابي حنيفة ره ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس * فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان * وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفايدة * وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة * واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك

ثلثة أيام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من
قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا [illegible] نظرا للمدعي وليس فيه
كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه [illegible] حتى يعدى
عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره قال والتقدير [illegible] مروي
عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه [illegible]
من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر
حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة فان فعل
والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي
وكذا لا يكفل الا الى اخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل
والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار
ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر فصل في كيفية
اليمين والاستحلاف واليمين بالله دون غيره لقوله عم من كان منكم حالفا
فليحلف بالله او ليذر وقال عم من حلف بغير الله فقد اشرك وقد يؤكد بذكر
اوصافه وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية
ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء
منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا
يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ
وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح
ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف
بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي
ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف
بالطلاق ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى عم
والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عم لقوله صلى الله عم لابن

كان منكم حالفا فليحلف

... صوريا الاعور انشدك بالله ... حكم الزنا في كتابكم
هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى فيغلظ على كل
واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا
ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا
وذكر الخصاف رح انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله و...
بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم
بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة
باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات
والارض ليقولن الله ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها
بل هو ممنوع عن ذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان
ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب
ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ومن ادعى انه
ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قايم فيه ولا يستحلف
بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب ما يستحق
عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع
وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قايم في الحال لانه قد يطرو عليه الخلع وفي دعوى
الطلاق بالله ما هي باين منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان
النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف
على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح اما على قول
ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض المدعا عليه
بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعا عليه ان انكر
السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل
عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي
فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة

العبد والزوج ممن لا ترا ها ا دعي شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لا نه
لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي
وان كان ... الا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم
اذا ادعي العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق
عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم
* ومن ورث عبدا وادعاه اخر يستحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع
المورث فلا يحلف على البتات * وان وهب له او اشتراه يحلفه على البتات
لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة * ومن
ادعي على اخر مالا فافتدي يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم
فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رض وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا
لانه اسقط حقه باب التحالف * واذا اختلف المتبايعان في المبيع فادعي
احدهما ثمنا وادعي البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعي المشتري
اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الاخر مجرد الدعوي
والبينة اقوي منها * وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة
اولي لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن
والمبيع جميعا فبينة البائع اولي في الثمن وبينة المشتري اولي في المبيع
نظرا الي زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان
ترضي بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع واما ان تسلم
ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا
جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان * فان لم يتراضيا
استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوي الاخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري
يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف
فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي

[illegible] في باب [illegible] تعليقه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة [illegible] تحالفا وترادا * ويبتدي بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف [illegible] رواية عن ابي حنيفة رة وهو الصحيح لان المشتري اشد هما انكارا لانه [illegible] اولا بالثمن اولانه يتعجل فايدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدي بيمين البايع تاخر المطالبة بتسليم المبيع الي زمان استيفا به الثمن وكان ابو يوسف ره يقول اولا يبتدي بيمين البايع لقوله عم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر واقل فايدته التقدم * وانكان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدا القاضي بيمين ايهما شاء لاستوا بهما وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين قال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف بضم الاثبات الي النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتل قال * فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقي بيع مجهول فيفسخ القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد * وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوي الاخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوي الاخر فلزم القول بثبوته * وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل مابه قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الي نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذالك الاجل لانه ليس بوصف الاتري ان الثمن موجود بعد مضيه * والقول قول من ينكر الخيار

والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال وان هلك
المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري
وقال محمد ره يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي ره
وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على [illegible]
ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه
يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك
السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف ره ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس
لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة
والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن
في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى
من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته
وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين
قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له
مثل وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة ره
الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري
مع يمينه عند ابي حنيفة ره الا ان يشاء البائع ان ياخذ العبد الحي ولا شيء له
من قيمة الهالك وقال ابو يوسف ره يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي
والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد ره يتحالفان عليهما
ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده
فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ره ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره
ولابي حنيفة ره ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي
اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف
في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلابد من القسمة على القيمة وهي تعرف
بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان
يترك

[illegible] الهالك [illegible] قيمة القايم ويخرج الهالك من العقد [illegible] وهذا تخريج بعض المشايخ [illegible] الاستثناء منصرف الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله [illegible] الصغير باخذ ثمن الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هولاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ره ما بيناه في القايم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف ره والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القايم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البايع وايهما اقام البينة يقبل بينته وان اقاماها فبينة البايع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الاخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها يتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبايع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدعي ظاهرا فلهذا تقبل

بينته لانها تترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك صحة ما ذكرنا من قول — لانها اكثر اثباتا
ابي يوسف رح قال * ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما
يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف [illegible] لانه ورد في البيع
المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة مفروضة
قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض
والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري
* ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال * ومن اسلم عشرة
دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه
ولا يعود السلم * لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط
فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان راس مال السلم لو كان
عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك
في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال * واذا اختلف الزوجان في المهر
فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة
تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة فان اقاما البينة فالبينة بينة المراة
لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته * وان لم تكن لهما بينة
تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية
وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية
يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج — في باب بيع
او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة — الفاسد
او اكثر قضى بما ادعته المراة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج
واقل مما ادعته المراة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة
على مهر المثل ولا الحط قال رض ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي
رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا

[illegible] حنيفة ره ومحمد ره ا
[illegible] الغاين المنكوحة في المختصر وتخريج الرازي [illegible] استقصيناه
في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف ره فلا نعيده * ولو ادعى [illegible] النكاح
على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة [illegible] او
ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون [illegible]
لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة * وان اختلفا
في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل
او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة
قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة *
فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدي بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب
الاجرة * وان وقع في المنفعة يبدي بيمين المواجر فايهما نكل لزمه دعوى
صاحبه وايهما اقام البينة قبلت * ولو اقاماها فبينة المواجر اولي انكان الاختلاف
في الاجرة * وان كان في المنافع فبينة المستاجر اولي * وانكان فيهما قبلت بينة
كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر
شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة قال * وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا
وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره ظاهر لان هلاك
المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد ره لان الهلاك انما لا يمنع
عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف
ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد
واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه * وان اختلفا بعد
استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي
قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه
ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض
تعذر في الكل قال * واذا اختلفا المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عنده

ابي حنيفة رح وقالا يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد
معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره
العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء [illegible] يدعيه والمولى
ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رح ان [illegible] مقابل
بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما [illegible]
للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان

* واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة
لان الظاهر شاهد له * وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها
وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول
في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوي منه
ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة

* فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنساء
فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح يدفع الي المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان
الظاهر ان المرأة تاتي بالجهاز وهذا اقوي فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في
الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم
وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما
فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث
مقام المورث * وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد
الحر اقوي * وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة
الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

* واذا قال المدعي عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه
عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا

[illegible] خصومة

وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك [illegible] الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت [illegible] للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت [illegible] كالوكيل بنقل المرأة اذا اقامها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رح آخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله * ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين ليمكن المدعي من اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينة ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده دون المدعى عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة * وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل * وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا

قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقيل انه استحسان وقال محمد رح لا يندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه * واذا قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما لما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينة كونه احق بامساكها باب ما يدعيه الرجلان قال * واذا ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رح في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة لان النبي عم اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم ابن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صم في ناقة واقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق * فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى * وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما * وان اقام الاخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة وقضى

[illegible] القاضي ثم ا[illegible] لا يحكم بها

لان القضاء الاول قد مضى فلا ينقض بما هو مثله [illegible] الا ان يوقت

شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطا في الاول بيقين [illegible] كانت المراة

في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على [illegible] السبق قال ع

• ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من [illegible] اليد

واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن

وان شاء تركه لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين

اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه

تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن

• وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان ياخذ

جملته لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه

بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له

ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة

ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيره الاول تسليمه

بعد القضاء • ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء

في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به • ولو وقت احدهما ولم يوقت

الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخر

ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك • وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض

فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما

استويا في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكرا الآخر وقتا لما بينا

الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة

قال • وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة

ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين

ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء

والصدقة مع الصحيح لما بينا والهبة والصدقة سواء حتى يقضي بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح لمعنى قايم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشايع

قال * فاذا ادعى احدهما الشراء وادعت امراة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه * وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى * بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاءً والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض * وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه قال * ولو ادعيا الشرى من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه * وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من اخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل * ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى تبين انه تقدمه شراء غيره * ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من

ه تغيير عليه
عقده البيع

...بيه والرابع الصدقة و... لانهم يتلقون الملك
من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على ... قال * فان اقام
الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ... بها كان
اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وهو رواية عن محمد ... ره
انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق ... لم
يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ
متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده
لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا
الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج
وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احدهما دون الاخرى فعلى قول
ابي حنيفة ومحمد ره الخارج اولى وقال ابو يوسف ره وهو رواية
عن ابي حنيفة رض صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء
اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما
تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته
وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها
فهما سواء عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ره الذي وقت اولى وقال محمد ره
الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوايد ورجوع
الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف ره ان التاريخ يوجب الملك في ذلك
الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا
الشراء ولابي حنيفة ره ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره
فصار كما اذا اقام البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف
الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال * وان اقام الخارج
وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى لان البينة
قامت على ما لا تدل عليه اليد واستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له

وهو دليل الطرفين

اي يزاحمه

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن آبان ره انه تتهاتر البينات ويترك
في يده لا على طريق القضاء * ولو تلقي كل واحد منهما الملك من رجل واقام
البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه * ولو اقام
احدهما البينة علي الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان
لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للاخر الا بالتلقي من جهته
وكذلك اذا كان الدعوي بين خارجين فبينة النتاج اولي لما ذكرنا * ولو قضي
بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضي له الا ان يعيدها
ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك
المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به لانه بمنزلة النص
* وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب
في الملك لا يتكرر لانه في معني النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد
والمرعزي وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق
وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل
يرجع الي اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان
القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الي
الاصل * وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة
على الشراء منه كان صاحب اليد اولي لان الاول وان كان يثبت اولية الملك
فهذا تلقي منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعي الشراء منه
وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت
البينات وتترك الدار في يد ذي اليد قال رض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
ره وعلى قول محمد ره يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن
فيجعل كانه اشتري ذو اليد من الاخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق
على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده
ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على اقرارين

يجوز بين وفيها التهاتر بالاجماع [illegible] محكمة وهو الملك
ولا يمكن القضاء بقوى اليد اذ لا يملك مستحق [illegible] بمجرد السبب
وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف [illegible] قصاص
عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم [illegible] على
نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد ره للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع
والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد
من البيعين بخلاف الاول * وان وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا
ووقت الخارج اسبق يقضي لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشتري
اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند
محمد ره يقضي للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا
قبضا يقضي لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت
صاحب اليد اسبق يقضي للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد
وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال * وان اقام
احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين
علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها
على ما عرف قال * واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها
والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف
ربعها عند ابي حنيفة ره اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع
الاخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الاخر
فينصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب
الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا
ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات
قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها
لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده

صاحبه لا يد عليه لان مدعاه الحق وهو في يده سالم له ولو لم تنصرف
اليه دعواه كان ظالما باسماكه ولا قضاء بدون الدعوى فاذا كان دعواه
منصرفة الي ما في يده فالقضاء له بنصف صاحبه يكون بلا دعوى فيترك
في يده قال * واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده
وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولي لان الحال [illegible]
فيترجح * وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا
تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينات كذا ذكره الحاكم
الشهيد ره لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال * واذا كان
العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة
فهو بينهما لاستوائهما فصــــل في التنازع بالايدي قال * واذا تنازعا في دابة
احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولي لان تصرفه اظهر فانه
يختص بالملك * وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه
فالراكب في السرج اولي بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون
بينهما لاستوائهما في التصرف * وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه
حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولي لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص
احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولي لانه اظهرهما تصرفا
ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما معناه
لا علي طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال * واذا كان ثوب
في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس
الحجة فلا يوجب زيادة في الاستحقاق قال * واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر
عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه * ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد
للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق * وان كان لا يعبر عن نفسه
فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له علي نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو
بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله

قوله لانه ظهر الرق عليه في حال [redacted] الرجل عليه جذوع
او متصل ببنا به وللاخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي
ليست بشي لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر [redacted] تعلق فصار
كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللاخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة
لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمي اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر
لصاحبه لان بعض بنا به علي بعض هذا الحايط وقوله الهرادي ليست بشي
يدل علي انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحايط لا يبني لهما اصلا
حتي لو تنازعا في حايط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر عليه شي فهو
بينهما • ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوايهما
ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة • وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو
لصاحب الثلثة وللاخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما
ما تحت خشبه ثم قيل ما بين الخشب الي الخشب بينهما وقيل علي قدر خشبهما
والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة
ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحايط يبني
لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثني فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير
الا انه يبقي له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده • ولو كان
لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فالاول اولي ويروي الثاني اولي وجه الاول
ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوي ووجه الثاني
ان الحايطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء
بكله ثم يبقي للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها لان الظاهر الخ
الجرجاني قال • واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد اخر بيت
فالساحة بينهما نصفان لاستوايهما في استعمالها وهو المرور فيها قال • واذا ادعي
الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد
منهما حتي يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها

وماغاب عن علم القاضي فالبينة تثبته * وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا لا يستحق لاحدهما من غير حجة * وان كان احدهما قد لبن في الارض او بني او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها باحد [illegible] اليسر * واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبايع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي ره دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبده فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوي وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة علي كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبني النسب علي الخفاء فيعفي فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الي وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولي لانها اسبق لاستنادها الي وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد * وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل علي الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله * وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولي لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك * فان مات الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الي ذلك فلا يتبعه استيلاد الام * وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في

بين الولد واخذه البايع لان الو [illegible] بره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الو [illegible] يه من جهته لقوله عم اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها [illegible] يتبع الادنى الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة ره وقالا يرد حصة الو [illegible] يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة وجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على مامر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبايع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب ام الولد او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على مامر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث

لانها تضاف اليه

لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض
فصار كالعتاق قال ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء
واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوامين
ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني حادثا لانه
لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان
ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البايع الذي في يده فهما ابناه
وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة
ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية
الاصل فيه ضرورة لانهما توامان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر
الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق
دعوة البايع وههنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن
اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع
لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال
واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني
لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا
اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على
فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار يرتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار
والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض * الا ترى انه يعمل فيه
الاكراه والهزل * فصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه
البايع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك
نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به
حق المقر له على اعتبار تصديقه * فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير
الملاعن لان له ان يكذب نفسه * ولابي حنيفة ره ان النسب مما لا يحتمل
النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على

[illegible] بنسب صغير [illegible] ية وهذا لانه تعلق
به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه [illegible] يثبت النسب
منه فوكد التعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الو[illegible] الخلاف
ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب [illegible] قوم
الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري [illegible]
بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف
عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال * واذا كان
الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي
فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض
لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف
الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام
تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها * ولو كانت دعوتهما
دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال * واذا
ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواه حتى تشهد امراة على الولادة
ومعنى المسئلة ان يكون المراة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على
الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة
القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش
القائم وقد صح ان النبي عم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة
فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة ره وقد مر في الطلاق وان لم يكن منكوحة
ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون
غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما
وان لم تشهد امراة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة * وان كان
الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها
من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام

الفراش [illegible]هما ثم كلواحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه
وم[illegible]ثوب في يد رجلين يقول كلواحد منهما هو بيني و بين رجل آخر
غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل [illegible] نصيب المقر
لا ن المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لا ن النسب لا [illegible]
اشتري جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الا ب قيمة الولد يوم
يخاصم لا نه ولد المغرور فان المغرور من يطاء امراة معتمدا على ملك يمين
او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رض
ولا ن النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا
في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعة فلا يضمنه
الا بالمنع * كما في ولد المغصوبة * فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لا نه
يوم المنع ولو مات الولد لا شئ على الا ب لا نعدام المنع وكذا لو ترك مالا
لا ن الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لا نه حر الا صل في حقه فيرثه ولو قتله
الا ب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لا ن سلامة بدله
له كسلامته له ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة
الولد على بايعه لا نه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لا نه لزمه
لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البايع والله اعلم بالصواب كتاب
الا قرار قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به
او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة
الا ترى كيف الزم رسول الله صلعم ماعزا رضا الرجم باقراره وتلك المراة باعترافها
وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية
ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الا قرار
لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لا ن اقراره
عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولي فلا يصدق عليه بخلاف
المأذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه يبقي على اصل الحرية

المقر به في ذلك حتى لا يصح اقرار [illegible] لا بد من البلوغ
والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية [illegible] ام الا اذا كان
الصبي ماذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة
الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح
جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار
اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح
مستحقا * ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق
احد عبديه * فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج
عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان * فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين
ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين
غير ذلك يكون رجوعا * والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك
لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه
شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة * ولو
قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل * ويقبل قوله في
القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق
في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا * ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل
من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب
عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رح
انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث
يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم
اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين
لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب
* ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع
* ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح

وعنده ما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه * ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد * ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشرة درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر * ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره * ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم * ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه * وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال * وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان على صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة * ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رض وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح * ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما * ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب * ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة

الصدقة والهبة لان التملك [illegible] احلتك بها على فلان
لانه تبديل الدين قال * ومن اقر بدين موجل [illegible] له في الدين
وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال [illegible] حقا لنفسه
فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم
السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال * ويستحلف المقر له على
الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر * وان قال له على مائة ودرهم
لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة
اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمة والدرهم
معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في
الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في
كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك
عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون اما الثياب ومالا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة
وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر
عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف
العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى تفسير فكان كلها ثيابا
قال * ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في
الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف
له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام
في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة
من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال * ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة
خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس
قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال * ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة
والفص لان اسم الخاتم يشتمل الكل * ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل

لان الاسم ينطوي على الكل • ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لا طلاق الاسم على الكل عرفا • وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لا نه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علىّ ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف ره وقال محمد ره لزمه عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثوب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ره ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعّى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا • ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن ره يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق • ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة ره فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان وقال زفر ره يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلايل في الطلاق

فصـــــل ومن قال لحمل فلانة علىّ الف درهم فان قال اوصي له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قايما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف ره وقال محمد ره يصح لان الاقرار من اهل الصحيح فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ره ان الاقرار مطلقه ينصرف الى

لزمه الاقرار بسبب التجارة [illegible] واحد المتفاوضين

فليبه فيتخير كما اذا صرح به ● ومن اقر بحمل جارية [illegible] رجل صح اقراره

ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره [illegible] ومن اقر

بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله [illegible] المال

لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل باب [illegible]

وما في معناه ● ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه

الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لابد من الاتصال

وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء

لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه

في الطلاق ● ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة

درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره ولو قال له

علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد ره لا يصح فيهما

وقال الشافعي ره يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا

لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي ره انهما اتحدا جنسا من حيث المالية

ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل

والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد

المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم

وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح

● ومن اقر بشيء وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء

بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك

اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا

في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس

الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى

لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا ● ومن اقر بدار واستثنى بناءها

لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء دخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا * ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض لفلان دون البناء بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار * ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضه هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه * وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارية بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان

قال رضي الله عنه الصاحب في [illegible] القبض والمقر ينكره
فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا [illegible] مغيرا لان صدر
كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار [illegible] القبض والمغير
يصح موصولا لا مفصولا • ولو قال ابتعت منه عينا الا اني لم اقبضه [illegible] قوله
بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن
• قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم
من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة ره وصل ام
فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا
اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار
كما اذا قال في اخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال • ولو قال له
علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضتني الف درهم ثم قال هي
زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة ره
وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف
اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال
لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط
الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته
والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا
الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة ره ان هذا رجوع
لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى
العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري
بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد
على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار
بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف
ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة نوع لا عيب

ان مطلق العقد
يقتضي السلامة
عن العيب

فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول
انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها في القرض م
* ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الي العقود لتعينها مشروعة لا الي الاستهلاك المحرم * ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضي له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء رادّ المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان * ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل * وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه * لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار
ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم * ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الي غيره وذلك تدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه

لانه لا يكون الا بقبض مضمون [illegible] لين بدينه ولوا قتضى ذلك فالمقتضي كان يثبت ضرورة فلا يظهر في انعطا[illegible] وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا [illegible] القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان باذن [illegible] المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا * قال [illegible] وديعة لي عند فلان فاخذتها منه فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر * ولو قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان * ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واخواتها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى

لانه اقر له باليد وادعى استحقاقها عليه وهو منكر فيكون القول قوله

تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والامر ينكره اما ههنا المقبوض عين
ما ادعي فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا * ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض
او بني هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا
بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له
باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في يد ملك المقر وصار كما
اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن
اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر
كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون
وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة
والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المرض ودين الصحة
يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب
الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار
لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق
غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر
الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة
بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق
حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا
المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى
حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة
في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه
بغير اقراره او تزوج امراة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم
احدهما على الاخر لما بينا * ولو اقر بعين في يده لاخر لم يصح في حق غرماء الصحة
لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان
في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء

اذ المعاين لا مرد له

نحوا فالا اذا قضي ما استقرض في [illegible] في مرضه وقد علم
بالبينة • قال واذا قضيت يعني الديون المتقدمة [illegible] شيء يصرف
الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما [illegible] غرماء
الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته • قال فان لم يكن عليه ديون في صحته جاز
اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر
رض اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج
الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين •
قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية ورثته وقال الشافعي رح
في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار
لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله ع م لا وصية لوارث
ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع
على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض
حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق
الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض
يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما يقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر
في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا
صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره • قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا
والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح
اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم
حتى ياتي على الكل • قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه ويبطل
اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وجه الفرق
ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك
الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال • ومن طلق
زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها

الا ان هذا التعلق
لم يظهر في حق
الاجنبي لحاجته
الى المعاملة
في الصحة

منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وبابه الاقرار مسدود لو رثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فثبت فصـــــــل • ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوله من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذا لمسئلة وضعها في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته • قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما لزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير • ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له اوتشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوي ولا بد من تصديق هولاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقي بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الي اول الاقرار • قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولي بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم

في فصل التنازع بالايدي من كتاب الدعوي

وهو يجوز اقر الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى اذا صدقوه الخ

عنه في الوارث الا ترى [redacted] المال وان لم يثبت
نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليس ... حقيقة حتى
ان من اقر بأخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ... ولو كان
الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه ... له
المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له
ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت
فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر بأخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه
في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له
عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع
بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل
في حق العتق * قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما
ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين
على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق
الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض
مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم
ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور كتاب الصلح قال الصلح
على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه
ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام
كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي
رح لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا
على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال
لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره
احل حراما بعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة
ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا

لما فيه من حمل النسب على الغير

وهو قوله تعالى الصلح خير

عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة
عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس * ودفع الرشوة لدفع الظلم
امر جائز * قال وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في المبايعات ان وقع
عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين
بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار
الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة
المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال
بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال
والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت
احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه
لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز
ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين
وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود
فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك * قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها
الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذه على اصل حقه ويدفع
المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار
حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه
فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه * قال واذا كان الصلح عن
اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه
معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت
او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى
عليه ما بذل العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين
ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان
استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا

وهو انه يزعم
انه ياخذه عوضا
عن حقه

بمنزلة البيع [illegible] العوض ولو استحق [illegible] كل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته [illegible] والمسكوت عنه.
رجع الي الدعوي في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه [illegible] الدعوي وهذا بخلاف ما اذا باع منه علي الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعي [illegible] علي البيع اقرار منه بالحق له وكذلك الصلح لانه يقع لدفع الخصومة [illegible] الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين * قال وان ادعي حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعري العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعي دارا فصالح علي قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو علي دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوي الباقي فصـــــل والصلح جائز عن دعوي الاموال لانه في معني البيع علي ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله علي اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما امكن * قال ويصح عن جناية العمد والخطاء اما الاول فلقوله تعالي فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع الاية قال ابن عباس رضه انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتي ان ما صلح مسمي فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الي الدية لانها موجب الدم ولو صالح علي خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة علي مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح

اي في آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع

يبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة
حق الشفعة حتي لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتان
علي ما عرف في موضعه واما الثاني وهو حيث يجب المال فلان موجبها المال
فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة علي قدر الدية لانه مقدر شرعا
فلا يجوز ابطاله فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة
علي قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح علي
احد مقادير الدية اما اذا صالح علي غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط
القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين * ولو قضي القاضي
باحد مقاديرها فصالح علي جنس اخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق
بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما علي بعض المقادير بمنزلة
القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة علي ما تعين * قال ولا يجوز الصلح من دعوي
حد لانه حق الله تعالي لا حقه ولا يجوز الاعتياض من حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض
اذا ادعت المراة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الي
طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد علي الانفراد عنه ويدخل في
اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع * قال واذا ادعي
رجل علي امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته علي مال بذلته حتي يترك الدعوي
جاز وكان في معني الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء علي زعمه
وفي جانبها بدلا للمال لقطع الخصومة قالوا ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه
وبين الله تعالي اذا كان مبطلا في دعواه * قال وان ادعت امراة نكاحا
علي رجل فصالحها علي مال بذله لها جاز قال رضه هكذا ذكره في بعض النسخ المختصر
وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه
بذل لها المال لتترك الدعوي فان جعل ترك الدعوي منها فرقة فالزوج لا يعطي
العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال علي ما كان عليه قبل الدعوي
فلا شيء يقابله العوض فلم يصح * قال وان ادعي علي رجل انه عبده فصالحه علي

علي [illegible] جاز وكان في حق المدعي [illegible] الا [illegible] علي مال لانه امكن تصحيحه علي هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا [illegible] الذمة الي ابدل وفي حق المدعا عليه يكون لدفع الخصومة [illegible] الاصل فيجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل [illegible] الولاء •

• قال واذا قتل العبد الماذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن [illegible] قتل عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولي وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزايل عن ملكه وهذا شراء فيملكه • قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها علي مائة درهم جاز عند ابي حنيفة ره وقالا يبطل الفضل علي قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح علي عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولابي حنيفة ره ان حقه في الهالك باق حتي لو كان عبدا وترك المولي اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعني لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الي القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا علي الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الي القيمة • قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الاخر علي اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة ره ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه علي عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل

وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعا عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعا عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك اذا قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعا عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعا عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف الى ما له من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رض ووجه آخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم

التحقيق فاذا لم يتسلم له [illegible] الصلح في الدين * وكل شي وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد [illegible] على المعارضة وانما يحمل على انه استوفي بعض حقه واسقط باقيه كمن [illegible] الف درهم فصالحه على خمسماية وكمن له على اخر الف جياد فصالحه على [illegible] جاز وكانه ابرأ عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحري تصحيحه ما امكن [illegible] تصحيحه معاوضة لافضائه الي الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولي وللبعض والصفة في الثانية * ولو صالح على الف موجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسية لا يجوز فحملناه على التاخير * ولو صالحه على دنانير الي شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوي المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نساءً لا يجوز فلم يصح الصلح * ولو كانت له الف موجلة فصالحه على خمسماية حالة لم يجز لان المعجل خير من الموجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ماحطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام * وان كان له الف سود فصالحه على خمسماية بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسماية وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسماية سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس * ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالح على مائة درهم حالة او الي شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ولان معني الاسقاط فيه الزم * ومن له على اخر الف درهم فقال ادّ الي غدا منها خمسماية على انك بري من الفضل ففعل فهو بري فان لم يدفع اليه الخمسماية غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد ره وقال ابو يوسف ره لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا تري انه جعل اداء الخمسماية عوضا حيث ذكره بكلمة

علي وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسماية في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة علي ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسماية تدفعها الي غدا وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسماية من الالف على ان تعطيني الخمسماية غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسماية او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسماية لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسماية لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال ادّ الي خمسماية على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسماية او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لاخر لا اقر

لا في الدين بعد أن حتى توخر عنه ... لانه ليس تمكره في معنى المسئلة اذا المال للغير اما اذا المال على ... في الدين المشترك * واذا كان الدين بين شريكين ... من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين ... وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيأ منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فاذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال * ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة قال * ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له

لانه ازداد الخ

ان يطالبه القابض لانه الراضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرا عن البعض كانت قسمة الباقي علي ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الي قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال * واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما عن نصيبه علي راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الاخر بخلاف شري العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا يتفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح علي من عليه بذلك فيودي الي عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلي الوجه الاول هو علي الخلاف وعلي الوجه الثاني هو علي الاتفاق

فصل في التخارج * واذا كانت الشركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقارا وعروض جاز قليلا كان ما اعطوه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رض فانه صالح تماضرا لاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رض عن ربع ثمنها علي ثمانين الف دينار قال * وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه

لا يصير [illegible] عن قبض الصلح وان [illegible] او يمين لتجديد القبض لانه
قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح * وان [illegible] التركة [illegible] وفضة وغير ذلك
فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر [illegible] من ذلك
الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا
عن الربوا * ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف
في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا * ولو كان في التركة
الدراهم والدنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا
للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال *
فان كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح
عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه
وهو حصة المصالح * وان شرطوا ان يبرا الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب
المصالح فالصلح جايز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جايز
وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر
لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين
ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها
غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل
يجوز لانه شبهة الشبهة لان وجود مثل ما صالح عليه في التركة محتمل
وعلى تقدير الوجود كون نصيبه من ذلك الجنس اكثر او مثله محتمل ولو كانت
التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا
اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح
عنه في يد البقية من الورثة * وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح
ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي
ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي
رحمه في القسمة انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا كتاب ــــــــ المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم ثم المدفوع الي المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه • واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزء من المال بعمله • فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال • المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال • ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل • ولو دفع اليه عروضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في الوكالة وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال • ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولابد منها كما في عقد الشركة قال • فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فيقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله كما بيناه في الشركة ويجب

بعني المثليات

ويجب الاجر وان لم يربح في [illegible] يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف انه لا [illegible] اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجرة في يده * وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال * ولابد ان يكون المال مسلما الى المضارب لايد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلابد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة * وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال * واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة رح انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة

جاز فيقع في مصر بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال * ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشي * لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل منه الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال * وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال * فان خرج الى غير تلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره * وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها بري من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك * ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشرى ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشرى يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشرى للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به

في الكوفة لان الفاء للوصل [illegible] بالكوفة [illegible] الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل [illegible] لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من [illegible] وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف [illegible] على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال * وكذلك ان وقت المضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد فانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال * وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شرى ما لا يملك بالقبض كشرى الخمر والشرى بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال * ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشرى متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشرى اذا خالف قال * فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود * وان اشترى ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة * وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه * فان زادت قيمتهم بعد الشرى عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه * ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره * ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان

مع المضارب الف بالنصف فاشتري بها جارية قيمتها الف فوطيها فجاءت
بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسماية والمدعي موسر
فان شاء رب المال استسعي الغلام في الف ومايتين وخمسين وان شاء اعتق
ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ
لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق
براس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي راس المال لا يظهر
الربح كذا هنا فاذا زادت قيمة الغلام الان ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل
لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند
حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فاذا صحت الدعوة
وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه • ولا يضمن لرب المال شيئا
من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه
ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد • وله ان يستسعي
الغلام لانه احتبست ماليته عنده • وله ان يعتق لان المستسعي كالمكاتب
عند ابي حنيفة رح • ويستسعيه في الف ومايتين وخمسين لان الالف مستحق
براس المال والخمسماية ربح والربح بينهما فلهذا يسعي له في هذا المقدار •
ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف
الماخوذ لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية
كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت
بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت
الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك وفيه ضمان
لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن اعتاق فلا بد من
نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر باب المضارب التعدي
يضارب قال • واذا دفع المضارب المال الي غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم

لم يضمن [illegible] ولا بتصرف المضارب الثاني [illegible] ضمن الاول لرب
المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة ره [illegible] ربح اولم يربح
وهذا ظاهر الرواية وقال زفر ره يضمن بالدفع عمل او [illegible] وهو رواية
ابي يوسف ره لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه
المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل
فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ره ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده
ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد ثبت له
شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة
فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله
فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل
ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة ره وعندهما يضمن بناء على اختلافهم
في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن
الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ء ووجه الفرق له بين
هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا
اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن
الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطا
لانه ظهر انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه
الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول
بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد
* وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه
ضمنه ابتداء * ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه
بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان
فلا يعرى عن نوع خبث قال * واذا دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له
بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب

المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف درهم * وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا * ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما * ولو كان قال له على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله * وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع

يربح مثله وهو نظير ما [illegible] دفعه الى من يخيطه
بدرهم ونصف فصـــل واذا شرط [illegible] المال ثلث الربح
ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث [illegible] فهو جائز
لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل [illegible]
لا يكون للمولى ولاية انتزاعها ودفعه العبد وان كان محجورا عليه وهذا لجواز
بيع المولى من عبد الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية
بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم
على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى
لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء
هذا اذا كان العاقد هو المولى * ولو عقد العبد الماذون عقد المضاربة مع اجنبي
وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل
على المالك * وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة
الاجنبي عنده على ما عرف فصـــل في العزل والقسمة * واذا مات
رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل
يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل * وان ارتد
رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان
اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه
يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه
* ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف
في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال * فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم
بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا
يتوقف على علمه * وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل
من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني على راس
المال وانما ينض بالبيع قال * ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل

النقد

وشرط العمل على رب المال مفسد العقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود

العالم بعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فعمل العزل
* وان عزله وراس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها
لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضه وهذا الذي
ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير
او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به
وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها *
واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء
الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له * وان لم يكن له ربح لم يلزمه
الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له
وكّل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الي العاقد فلا بد من توكيله
وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد
منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران
علي التقاضي لانهما يعملان باجرة عادة قال * وما هلك من مال المضاربة فهو
من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الي ما هو التبع اولي
كما يصرف الهلاك الي العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان
علي المضارب لانه امين * وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال
بعضه او كله ترادا الربح حتي يستوفي رب المال راس المال لان قسمة الربح لا تصح
قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك
ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب
ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله *
واذا استوفي راس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان
علي المضارب لما بينا فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لانه امين
لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولي قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك
المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر فصل فيما

فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكري بها اعتبار العادة التجار وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف رحمه فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة • ولو احتال بالثمن على الايسر والاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل اليه اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زايدا على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو

الا ان له رب المال بالاستدانة لانه صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه ولهذا السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا الاعطاء لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال * ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رح انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه تستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال * فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يودي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى قال * واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال * ولو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره

مصره رده في المضاربة لا انتهاء الا استحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرناه ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة ره انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض * ولهذا كانت نفقة المراءة على الزوج ودواءها في مالها * قال * واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال * فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر * وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلط فلا يضمنه * فصل آخر قال * فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة قال رضه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله

على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الاخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشتري بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعتا الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقي ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة لانه دفعه مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الالفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة الاف يرفع راس المال ويبقي خمسمائة ربح بينهما قال * وان كان معه الف فاشتري رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبني المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشتري المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال * فان كان معه الف بالنصف فاشتري بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطاء فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا قيمته الفان ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه واما نصيب رب المال بقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع

الرجوع فلا [illegible] ي [illegible] نسمه ولا [illegible] ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما [illegible] المضاربة بحسبه م المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم قال [illegible] كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت الالف يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم وراس المال جميع ما يدفع اليه رب المال لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل بالشراء اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذ توكل ببيع المغصوب ثم قال في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرى فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فصل في الاختلاف قال واذا كان مع المضارب الفان فقال دفعت الى الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة ره يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر ره لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته • وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات قال • ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر • ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال

والبينة بينة المضارب لان المضارب تدعي عليه التملك وهو ينكر * ولو ادعى
رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب
لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة
لان الاصل فيه الخصوص * ولو ادعى كل واحد نوعا فالقول لرب المال لانهما
اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة
فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة
ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض
الاول كتاب الوديعة قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت
لم يضمنها لقوله عم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع
غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس
عن قبول الودايع فيتعطل مصالحهم قال * وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن
في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال
نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته
ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به * فان حفظها بغيرهم
او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف
في الامانة ولان الشي لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز
غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال * الا ان يقع في داره
حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فيخاف الغرق فيلقيها الى سفينة
اخري لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك * ولا يصدق
على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار
كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال * فان طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر
على تسليمها ضمنها لانه متعدي بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه
بعده فيضمنها بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها
ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة ره وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شا

ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالسود والحنطة بالحنطة
والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الي عين حقه صورة وامكنه معنى
بالقسمة معه فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الي ايهما شاء وله انه استهلاك
من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الي عين حقه ولا معتبر بالقسمة
لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابراء الخالط لا سبيل له
على المخلوط عند ابي حنيفة رح لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما
بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت
وكل مائع بغير جنسه يوجبه انقطاع حق المالك الي الضمان وهذا بالاجماع لانه
استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن
هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر
فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق
المالك الي الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب
اجزاء وعند محمد رح شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر
في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال
وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا
لانه لا يضمنها لعدم الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها
ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا
على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت
دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي
فردها الي يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة
ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر
باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت حكم نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم
العقد كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل
الرد الي نائب المالك قال فان طالبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد

تحقق عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع منه فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع يتفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف ره خلافا لزفر ره لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومونة عند ابي حنيفة ره وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومونة وقال الشافعي ره ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة ره اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه يلزمه مونة الرد فيما له حمل ومونة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به والشافعي ره يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مونة الرد يلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة ره وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيومر بالدفع اليه كما

كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه [illegible] الية وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا لو صرح بالدفع اليه و[illegible] الطالبة بدفع نصيب الغايب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان يأخذه فالمنا لبس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال * وان اودع رجل عند رجلين شيا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الاخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الاخر وهذا عند ابي حنيفة رح وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الاخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه اثناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال * واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه المودع عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغوا وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان

من العيال متولا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر • وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحد لا يتفاوتان في الحرز • وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال • ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الاخر وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاول لا يرجع على الاخر وان ضمن الاخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضي له بوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة

موجبة بنفسه فيقضي به اما ينكول [illegible] القضاء فجاز ان يوخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ا[illegible] بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة [illegible] الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك [illegible] في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد منهما بنصف الاخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام البزدوي ره في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف ره انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد ره خلافا لابي يوسف ره بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد ره خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه الاطناب والله اعلم

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي ره يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو

الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على
ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكر ان شاء الله تعالى • قال
وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه • واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه
• ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما
لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال
• واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه • وداري لك سكنى لان
معناه سكناها لك • وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل
قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره
قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عم المنحة مردودة (العارية)
والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك
فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه قال • والعارية امانة
ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي ره يضمن لانه قبض مال
غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا
يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء
ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
اولا باحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل
الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة
كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء
مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال
• وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون
الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون
بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد
الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه فان آجره فضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله
العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه

فلانه ان ضمن المستعير لا يرجع على [illegible] لانه عامل لنفسه وان
ضمن المستاجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور
بخلاف ما اذا علم قال ● وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي
ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك
الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة
في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع
على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة
للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما
يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله
لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي
على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه
ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون
مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل
ذلك او خير منه فالحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت
مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار
دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله
ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين
حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره
ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب قال ● وعارية الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع
ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك
بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع
ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة
بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون

له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا يتحلى بتقلده [illegible]
قال * واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه
قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة
تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض
المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير
مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان
وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه
من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من
من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر
عن نفسه كذا ذكره القدوري رح في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رح انه يضمن
رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير
ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع
ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب الاصل والمستعير صاحب تبع
والترجيح بالاصل * ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت
او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك بالاجر مراعاة الحقين بخلاف
الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال * واجرة
رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر
مؤنة الرد فيكون عليه * واجرة رد العين المستاجر على المواجر لان الواجب
على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمواجر معنى
فلا يكون عليه مؤنة رده * واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب
عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال *
واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان
وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة

كآلة البيت كعمارة فم قربة الى الملك [illegible] لما للملك يردها الى
المربط فصح رده وان استعار عبدا فرده الى دار [illegible] اليه لم يضمن
لما بينا • ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه [illegible] لان
الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره [illegible]
لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه [illegible]
اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر [illegible]
الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال • ومن استعار دابة فردها مع عبده
او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله
ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس
في عياله • وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به
الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم
على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع
اليه احيانا • وان كان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك
الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ رح وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة
واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال • ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة
يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رح وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة
موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام
ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه
فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله ع م تهادوا تحابوا وعلى
ذلك انعقد الاجماع • وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه
عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال
مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة
ولنا قوله ع م لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه

[illegible] ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها ◦ فان قبضه الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا ◦ وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل [illegible] باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال ◦ وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عم أكُلَّ اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى ◦ وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عم فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ◦ ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ◦ ولو قال

في كتاب العارية بقوله المنحة مردودة

ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي [illegible]ية محكمة في تمليك
المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك ا[illegible]مل على المحكم
وكذا اذا قال عمري سكنى او نحلي سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية
او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس
بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال
ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائز
وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع
وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون
محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض
منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه
وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا
امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض
القاصر هو الممكن فيكتفي به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهايأة يلزمه فيما
لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض
وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص
عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه
وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين
على ان القبض غير منصوص عليه فيه * ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم
يدار على نفس الشيوع قال * ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا ولنا ان القبض
فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال * ولو وهب منصوص عليه
دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلمه لم يجز وكذا
السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه
والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف
ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر

الغنم والزرع والنخل في الارض والثمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع قال * واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير المضمون فينوب عنه * واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة * وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فاولى ان يملك النافع وان وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل النافع وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال * واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما

منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق [redacted] رجلين دارا له
ان هذا هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت [redacted] فقبل احدهما
صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه
حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس
ويثبت لكل منهما كملا اذ لا شيوع ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا
من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها
لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا
جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك
بغير بدل وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك
الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق
على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها
وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة
على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند
ابي حنيفة وابي يوسف ره وقال محمد ره يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر
نصفها عن ابي يوسف ره فيه روايتان فابو حنيفة ره مر على اصله وكذا محمد ره
والفرق لابي يوسف ره ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت
الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على
الابعاض باب ـــــ ما يصح رجوعه وما لا يصح قال واذا وهب هبة لاجنبي
فله الرجوع فيها وقال الشافعي ره لا رجوع فيها لقوله عم لا يرجع الواهب
في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع ضد التمليك والعقد لا يقتضي
ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له
ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود
بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد
بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى

مرفوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله
عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر
بعضها فقال * الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه
لا وجه الي الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها
تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك
الي الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته فاذا مات الواهب فوارثه اجنبي
عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او يخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل
بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه قال وان وهب لاخر ارضا بيضاء
فانبت في ناحية منها نخلا او بني بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس
له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان
قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة
في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال * فان باع نصفها غير مقسوم رجع
في الباقي لان الامتناع بقدر المانع * وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له
ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى * وان وهب هبة لذي رحم محرم منه
لم يرجع فيها لان المقصود صلة الرحم وقد حصل * وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر
لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد
حتي لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها ولو ابانها بعد ما وهب فلا
رجوع قال * واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا
عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات
تؤدي معنى واحدا * وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض
الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي
كبدل الخلع والصلح * واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم
يسلم له ما يقابل نصفه * وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا
ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه

الارض الاخيرة [illegible]
[illegible]

انفصلم عوضا للكل في الابتداء وبالا [illegible] عوض الا هوالا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له [illegible] لم يسلم له فله الى برده قال * وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب [illegible] النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال * ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء في اصله وماء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعد واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع لان العقد وقع جايزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ من الاصل مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في غيره قال * واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي ره هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه فصل ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل

الاستثناء لان الاستثناء لا تعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا او الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها * ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء * ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يرد ما عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيأ منها او يعوضه شيأ منها فالهبة جايزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي ع م اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه ع م نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات ومن كان له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهو لك او انت بري منها او قال اذا اديت الي النصف فلك النصف او انت بري من النصف الثاني فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال * والعمرى جايزة للمعمر له حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح جايزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما

ولهما انه عم اجازا لعمري ورد الرقبى ولا [illegible] تبقى عند هما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانــه يرا قبة [illegible] ا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عند هما لانه يتضمن [illegible] الانتفاع به

فصـــــل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما تجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروي انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب مالا فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتـــــاب الاجارة

الاجارة عقد ترد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابي جوازه لان المعقود عليه المنفعـــة وهي معدومة واضافة التمليك الى ماسيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثار وهي قوله عم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعـــة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع * وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع * وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد

علي مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها
معلوما اذا كانت المنفعة لا يتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الي انه يجوز طالت
المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسي الا ان في الاوقاف
لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد علي ثلث سنين
وهو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا علي صبغ ثوبه او خياطته
او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا
بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة
صارت المنفعة معلومة فصح العقد وربما يقال الاجارة قد يكون عقدا علي
العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك
في الاجير المشترك وقد يكون عقدا علي المنفعة كما في الاجير الوحد ولا بد
من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر
رجلا بان ينقل له هذا الطعام الي موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع
الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد باب الاجر متي
يستحق * الاجرة لا تجب بالعقد ويستحق باحدي معاني ثلثة اما بشرط التعجيل
او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رد يملك
بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد
فثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيا فشيا علي حسب
حدوث المنافع علي ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة
التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الاخر واذا استوفي المنفعة يثبت
الملك في الاجرة لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط
لان المساواة يثبت حقا له وقد ابطله * واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر
وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن
من الانتفاع يثبت به * فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم
المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم

التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر * وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره
كما اذ الانفساخ في بعضها * ومن استاجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه
استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة
التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا * ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال
ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رح يقول
اولا لا تجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح
لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما
اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق
الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى
ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا قال * وليس للقصار والخياط
ان يطالب بالاجرة حتى يتفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به
فلا يستوجب الاجر به * وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل
الفراغ لما بينا قال * الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال * ومن استاجر
خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من الدقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز
من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج
فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجرة لانه
صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رض
وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا
اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز
واعطاه الاجر * ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه
اعتبارا للعرف * ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند
ابي حنيفة رح وقالا لا يستحقها حتى يشرجها لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن
من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا
وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج

عمل زايد كالنقل اذ اثره انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال * وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رح العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين قال * وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الابق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضاء البايع قال * واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب ووجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا

اذا كانوا معلومين * وان استاجر ليذهب [illegible] بالبصرة ويجي
بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا [illegible] وابي يوسف ره
وقال محمد ره له الاجر في الذهاب لانه اوفي بعض المعقو[illegible] وهو قطع
المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة
مونته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو
العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام
وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة * وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق
الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام
الي فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا
لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب
علي قول محمد ره لان المعقود عليه هناك قطع المسافة علي ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها * ويجوز استيجار
الدور والحوانيت للسكني وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف
فيها السكني فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء
للاطلاق * الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه
يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة * ويجوز استيجار الاراضي
للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها * وللمستاجر الشرب والطريق
وان لم يشترط لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في
مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال
حتي يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من
غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع * ولا يصح العقد حتي يسمي ما يزرع
فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلابد من
التعيين كيلا يقع المنازعة * او يقول علي ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض
الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الي المنازعة * ويجوز ان يستاجر

السطحة ليبني فيها ا وليغرس فيها نخلا ا و شجرا لانها منفعة تقصد بالا راضي • ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لها ففي ابقائها اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين • قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان ينقص الارض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال • او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها بقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال • ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة • فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او ركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس متفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه • وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس • وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التعيين غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال • وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول • وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها

عليها مثل وزنه حديد الا انه ربما يكون [redacted] يد يجتمع في موضع
من ظهره والقطن ينبسط على ظهره قال * وان [redacted] عليها فاردف معه
رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان [redacted] يعقرها جهل
الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي
غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في
الجنايات * وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه
فعطبت ضمن مازاد الثقل لانه عطب بما هو ماذون فيه وبما هو غير ماذون فيه
والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ
يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة * وان كبح الدابة
بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة ره وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا
متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه
ولابي حنيفة ره ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وهما
للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة
فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية
وقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول
الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا
وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى
على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ
بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير
الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق
هو نائبا فلا يبرا بالعود وهذا اصح * ومن اكترى حمارا بسرج فنزع ذلك
السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل
الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره * الا اذا كان زائدا عليه
في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة * وان كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن لانه لم يتناوله

الآذن من جهته فصار مخالفا* وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى *وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رح ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة* وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل* وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا* وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر* وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه* ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجري على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رح انه يضمن من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه لانه شد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي

في الجهتين شاوا لانه يجب اجر المثل لقصور المنفعة ولا يجاوز به الدراهم كما
المسمي كما هو الحكم في جائز الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ولو خاطه
سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح
انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب
منه كوزا فانه يخير كذا هذا باب الاجارة الفاسدة * الاجارة تفسدها
الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ * والواجب
في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمي وقال زفر والشافعي رح يجب
بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا يتقوم بنفسها بل بالعقد
لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر
ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة
واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمي لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين
متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا
* ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية
الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما الاصل قاعدة
لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح
العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح
فلو سمي جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال * فان سكن
ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه وليس للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي
وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا
ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية
ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان
في اعتبار الاول بعض الحرج * وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين
قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد
فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي وان لم يسم

شيا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين * بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له * ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل * وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال * ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام فاما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجتماع المسلمين قال عم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عم احتجم وعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جايزا قال * ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزوا على اناث لقوله عم ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال * ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عم اقرءوا القران ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول عم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت موذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع يضيع حفظ القران وعليه الفتوى * ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا يستحق بالعقد قال * ولا يجوز اجارة

الاصل قاعدة

ولا تجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة ره الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جايزة
وصورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما
ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايي
فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة ره انه آجر
ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية
اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن
في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايي فانما يستحق حكما
للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد
وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل
يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح
في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم
ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم
الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال * ويجوز استيجار الظئر باجرة
معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان
جاريا على عهد رسول الله صم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع
على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع
بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا
لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة
لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين
العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت
الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال * ويجوز بطعامها وكسوتها
استحسانا عند ابي حنيفة ره وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا
استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة
التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز

والطعام لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذه لاجهالة فيه * ولو سمي الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا * ولا يشترط تاجيله لانه اوصافها اثمان * ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال * وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه * فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان يصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد رح ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة * وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى لانه اختلف العمل قال * ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عم عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر

بحيث لا يجب له الاجر لان المستاجر [illegible] في المحال بالتعجيل
[illegible] مشتركا بينهما • ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب
الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل فيه لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود
عليه ولا يجاوز بالاجر قفيز الانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي
ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب
حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد ره لان المسمي هناك غير معلوم فلم
يصح الحط • ومن استاجر رجلا ليخبزله هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم
فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد ره في الاجارات
هو جايز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا
للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون
المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه فلا ترجيح ونفع
المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الي المنازعة وعن ابي حنيفة ره
انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه
العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق • ومن استاجر ارضا علي
ان يكربها ويزرعها ويسقيها فهو جايز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتاتي
الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه
صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد • فان شرط ان يثنيها
او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقي اثره بعد انقضاء المدة وانه
ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب
الفساد ولان موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير علي وجه يبقي بعد
المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية
ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع
تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين
لا تبقي منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار

العظام هو الصحيح لانه يبقي منفعته في العام القابل * وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخري فلا خير فيه وقال الشافعي ره هو جايز وعلى هذا الاجارة السكني بالسكني واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسية والي هذا اشار محمد ره ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة * واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي ره له المسمي لان المنفعة عين عنده وبيع العين شايعا جايز فصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع * ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما * فان زرعها ومضي الاجل فله المسمي وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر ره لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جايزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزايد في المدة * ومن استاجر حمارا الي بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة * فان بلغ الي

قوهي جامهاي سپيد قوهستان

المسمى اذ قبله الاجر المسمى استحسانا على ما [illegible] في المسئلة الاولى وان اختصما

[illegible] يعمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يرتفع [illegible] الاجارة [illegible] المسماة

[illegible] لفساد قايم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمي مشتركا قال • والمتاع امانة في يده فان هلك لم يضمن شيا عند ابي حنيفه رح وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شي غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال • وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رح لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه

فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال * واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن من الابتداء تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال * واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات لا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال * والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال * ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الا

وشاان الداخل تحت الاذن الخ

بزغ يعني نشتر زننده جانوران را

[illegible] فيكون السلامة غالبا فيوهلاكه [illegible] فلان المنافع متى [illegible] مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في [illegible] صار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لايضمنه والله اعلم [illegible]

الاجارة على احد الشرطين واذا قال للخياط ان خطته هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال لصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لايرتفع المنازعة الاباثبات الخيار

ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة ره لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لاينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابويوسف ومحمد ره الشرطان جايزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلايجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود انزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة ره ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولايمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لايجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية
الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية
لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة
ره هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد
اولى * ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان اسكنته
حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة ره
وقالا الاجارة فاسدة وكذا اذا استاجر بيتا على انه ان اسكن فيه عطارا فبدرهم وان
اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة ره وقالا لا يجوز * ومن
استاجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل
الخلاف * وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف
درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة ره وقالا
لا يجوز ووجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو
مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية
لان الاجر يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر
بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة ره
انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية
والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه لا يدخل
ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده
يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد * ومن استاجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به
الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها
الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار
في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر
لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب * ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه

[illegible] فاجر ليس للمستاجر ان [illegible] ان الاجارة صحيحة
[illegible] فاذا فرغ من العمل والقياس ان لا [illegible] اذن المولي وقيام
[illegible] قضا وكما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف [illegible] على اعتبار الفراغ
سالما وعلى اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك
لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه • ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب
الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك
بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز
لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف
يحرز ما في يده • وان وجد المولي الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله
ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ
على ما مر • ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة
فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد
تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة
• ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو
آبق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولي لم يكن
ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول
قول المواجر لانهما اختلفا في امر محتمل ليترجح بحكم الحال اذ هو دليل على
قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف
في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال
الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته
اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد
من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن
يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه

صانعه من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا التحقيق في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لايجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب * وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل حريفاله اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رح لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال * واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد رح ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ * ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به بغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه قال واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة

المنفعة المعقودة اولا جر [illegible] لانه ينتقل بالموت
الى الوارث وذلك لا يجوز * وان عقدها لغيره لم [illegible] الوكيل والوصي
والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار
في الاجارة وقال الشافعي رح لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه
بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا
على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه
في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات
بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا الخيار الشرط
بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه
دونها ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة قال
* وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع
عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير
مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع
فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل
ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا * وهو كمن استاجر حدادا
ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة
فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق
بالعقد * وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا اذا آجر
دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما اجر فسخ القاضي
العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد
لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله
فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر
في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر
فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه

ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ
ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال
ان كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء
لظهور العذر * ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر
لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب
وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر * وان بدا للمكاري فليس ذلك
بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض
الموجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وذكر الكرخي ره انه عذر لانه
لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار * ومن آجر عبده ثم
باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد انما يفوته
الاسترباح وانه امر زائد * واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو
عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو راس
ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط
والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه * وان اراد ترك الخياطة وان يعمل
في الصرف فهو ليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو
يعمل الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها
ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع
بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما * ومن استاجر غلاما يخدمه
في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق
وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق
لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر
يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر
السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر
مسـئل متفرقة قال * ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق

فاحترق شيء في ارض اخري فلا ضمان ... غير متعد في هذا
التسبيب فاشبه حافر البير في دار نفسه و ... كانت الرياح
هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان ... يعلم انها
لاتستقر في ارضه قال • واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل
بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته وهذا
بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال ومن
استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد
وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي ره للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة
وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه
من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الي المنازعة وكذا اذا لم
ير الوطاء والدثر قال • وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفي للجهالة
واقرب الي تحقيق الرضاء قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد
فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى
في جميع الطريق فله ان يستوفيه • وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد
معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق كتاب

المكاتب قال واذا كاتب عبده او امته علي مال شرط عليه وقبل العبد ذلك صار
مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالي فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر
ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل علي
الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور
علي ماقيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه
وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه
ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عم ايما عبد كوتب علي مائة دينار فاداها الا
عشرة دنانير فهو عبد وقال عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف
الصحابة رض وما اخترناه قول زيد رض • ويعتق باداءه وان لم يقل المولي اذا

اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال • ويجوز ان يشترط المال
حالا ويجوز موجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين
لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم
على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد
عليها فتثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة
والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف
السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى
الكتابة على المساهلة فيمهله المولي ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة
وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق قال • وتجوز كتابة العبد الصغير
اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول
والتصرف نافع في حقه والشافعي رح يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة
اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول
لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع
ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا
فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير
الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية
ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ
ابي حفص رح لا يكون مكاتبا اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت
الكتابة خرج المكاتب من يد المولي ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده
فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق
مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر
وان نهاه المولي واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة
ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت

المكاتب عبد ما بقي عليه شيء

فيثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة [illegible] فان اعتقه عتق باعتاقه
لانه مالك لرقبته * ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول
العتق به وقد حصل دونه * واذا وطي المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت
اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه
والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان
* وان جني عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا * وان اتلف مالا لها
غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه
المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد فصـــــل في الكتابة الفاسدة
* واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة
اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه
فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا
فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص
على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة * فان ادي الخمر عتق
وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رح
انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل
معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها
فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب
على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة
ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق
عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار
معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه * واذا اعتق
باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد
وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع * ولا ينقص
عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة

مابلغت كما في البيع الناسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناس الثو[illegible] العتق بدون ارادته وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شئ يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا يتعين كما في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رح رواية الحسن رض انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ماهو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ماهو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ماقال في الكتاب والجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف رح انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رح وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه

ومراده شئ يتعين بالتعيين

ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على قيمة نفسه وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي قال • وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود عليه ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا يصلح بدلا فكذلك مستثنى قال • واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتني على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة قال • واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا • وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال • واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم

"المماكسة تنگی گرفتن در بیع"

العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم
يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ـــــ ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز قال * ويجوز للمكاتب
البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية
التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل
والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا يتفق في الحضر
فيحتاج الى المسافرة * ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر
قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال * فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة
فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد
على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط
لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة
تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما
اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه
هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك — فائدة كلية
وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل
بالشروط الفاسدة قال * ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع
قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز
باذن المولى لان الملك له * ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة
والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة
لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا
يملك ما هو من ضروراته وتوابعه * ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من
ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك
تبرع * ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض
لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به

والمجاهز عند العامة الغني من التجار وكأنه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب من غاية البيان

به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك [illegible] والقياس ان لا يجوز
وهو قول زفر والشافعي رح لان مالك العتق والـ[illegible] اهله كالاعتاق
على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع
وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه
والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو توجب للمملوك مثل
ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه توجب فوق ما هو ثابت له قال
* فان ادي الثاني قبل ان يعتق الاول فولاءه للمولي لان له فيه نوع ملك
وصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم
الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشتري شيئا يثبت الملك قال * فلو ادى
الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولي جعل معتقا والولاء
لا ينتقل من المعتق * وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاءه له لان العاقد
من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له * وان اعتق عبده على مال او باعه
من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه
اما الاول فلانه اسقاط الملك من رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه
الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث
فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وتشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة
لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال * وكذلك الاب والوصي في رقيق
الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة
والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال * فاما المأذون له
فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح له
ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان
هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا
ليس بتجارة فاما المكاتب فملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة
المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا

... تزويج العبد فصل قال * واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه * وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال * واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عم اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه

* وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري فكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه * وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها موكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما والاصح ما في المتن وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية ...

المكاتب باذن مولاه امرأة ... اولادها عبيدا ... احذهم بالقيمة وكذلك العبد باذن له المولى ... ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح اولادها احرار بالقيمة لانه ... في سببه ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رض وهذا ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق به قال * وان وطي المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يوخذ به في الكتابة وان وطيها على وجه النكاح لم يوخذ به حتى يعتق وكذلك الماذون له ووجه الفرق انه في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال * واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطيها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد الماذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى قال فصل

* واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما * ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها ...

على موجب الكتابة فان لم يترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت
ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع ومات من غير
وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه
السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز
لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي
لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت
السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند
الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة
لامتناع ابقائها من غير فائدة الا انه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة
انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها
والنظر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها
باقية قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير
ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي
بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند
ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ره تسعى في الاقل منهما وقال محمد ره تسعى
في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار
فابو يوسف مع ابي حنيفة ره في المقدار ومع محمد ره في نفي الخيار اما الخيار
ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية
ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها
فهي حرة ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير
واما المقدار فلمحمد ره انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير
فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث
يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة
ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل

[illegible] ثم [illegible] صفة [illegible] بالزيادة لانها
استحقت حرية الثلث فظاهر لو النظام ان الانسان [illegible]
حريته وصار كما اذا طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف [illegible]
بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا [illegible]
الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا [illegible]
في شئ فافترقا قال ● وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت
مضت بالكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست
بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها
فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة ره
وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا
اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال ● واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه
لقيام ملكه فيه ● وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له
دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنها تفسخ برضاء
العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي
الكتابة في حقه قال ● وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة
معجلة فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس
بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه
الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به
فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا
فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون
شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل
فيه شبهة قال ● واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف ثم مات
ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله
او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره ● وقال محمد ره يؤدي ثلثي

الا الف حالا او الباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله
ان يؤخرها فصار كما اذا خالع المريض امراته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها
بغير بدل ولهما ان جميع المسمي بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق
الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث
الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل
فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة الاف الى سنة وقيمتها
الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن
حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد
عليه لما بينا من المعنى قال • وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز
الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا
في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما باب من يكاتب عن العبد
• واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان اداها عتق وان بلغ العبد فقبل
فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف
درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه
بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته
وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق
قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغايب
في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف على
العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب • ولو ادى الحر البدل لا يرجع
على العبد لانه متبرع قال • واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه
وهو غايب فان ادى الشاهد او الغايب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد
كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغايب وهذه كتابة جايزة استحسانا
وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية
عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتدا وجعل نفسه فيه

فيه اصلا والغايب تبعا في الكتابة على ... مشروعة كلازمة اذا كوتبت
وتدخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداء... عليهم من البدل شيء
واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر ... بالعقد فيكون
البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء
لانه تبع فيه قال * وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان
البدل عليه واما الغايب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه
وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص
عينه وان لم يكن الدين عليه قال * وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر
قضى دينا عليه والغايب متبرع به غير مضطر اليه قال وليس للمولى ان ياخذ
العبد الغايب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء
والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغايب فلا يتغير
بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى
لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين
فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون
لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى
وهي اولى بذلك من الاجنبي باب كتابة العبد المشترك واذا كان
العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض
بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة
رح وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة يتجزى عنده
خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي
وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض
البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له
وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل
في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك

بعد العجز قال * واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه احدهما ثم وطيها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة ولو ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم يكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق * ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطيها كان ملكه قايما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطي ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال حق المكاتبة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني واطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطي لا يعري عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل تجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف

نصف البدل وفي ابقائه نظر في حقه نظر للمولى ... لا يتيسر المكاتبة لسقوطه
عن المكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال ... واذا عجزت وردت
في الرق يرد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال ... الاول لشريكه
في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي
مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك * وفي قول محمد ره يضمن الاقل
من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما
قال * وان كان الثاني لم يطاءها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه
لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند
ابي حنيفة ره فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطي فتبين انه
يصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على
ما مر قال * وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا
* ويضمن شريكه نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك
نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة * والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام
المصحح هذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال * وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما
وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق شريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها
عند ابي حنيفة ره وقالا ره لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق
تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات
وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق فاما قبل العجز
ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة ره لان الاعتاق لما كان يتجزي عنده
كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها
مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزي يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة
نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق
فيختلف باليسار والاعسار قال وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم

اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا
وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر
لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى العبد او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح
ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به
نصيب الاخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا
اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه
يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله
خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان
الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب
ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله
والاعتاق وتوابعه والفايت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان
لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما
اولا كان للاخر الخيارات الثلث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي
خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد
رح اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب
صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك
فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير
وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فعتق
كله فلم يصادفه التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا
ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك
باليسار والاعسار عندهما باب موت المكاتب وعجزه وموت

المولى قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين
يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظرا
للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع

للفسخ والمتعين للقضاء ولا يرد عليه لان [illegible] طلب المولى تعجيزه
عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رض اذا توالى على المكاتب نجمان
رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان الاغلب مؤجله
وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا وادنى المدة
ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز
عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى
الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف
اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا والاثار متعارضة فان
المروي عن ابن عمر رض ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج
بها قال * فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز ورده مولاه برضاه فهو جائز
لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى * ولو لم يرض به
العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء
كالرد بالعيب بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ
الكتابة * وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده
وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال * فان
مات المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم
بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق
اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا رح وقال الشافعي رح
تبطل الكتابة ويموت عبداً وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت
رض ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه
لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه
الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث
لتعذر الثبوت في الحال والشئ يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة

ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في المختلفات قال * وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادي حكم بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء * وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تودي الكتابة حالة او ترد رقيقا عند ابي حنيفة ره واما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة ره وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه * فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر * وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما تقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان

لا يرد الاختلاف في الولاء لمقصود او كذلك ينبغي على بطلان الكتابة وانتقاضها فانها
انما انفسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام والا فلم يوجد ما يتصل بها الاداء مات
حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء
فلهذا كان تعجيزا قال * وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو
طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق
واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية *
وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح
فلم يتبدل الملك فلا تطيبه * ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب
له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد رح
ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يتقرر
ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ
لكونه اذلالا به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة
حرمته والاخذ لم يوجد من المولى * فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه
والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب
لهما * وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده
قال * واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي
لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة
حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي *
وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع وان قضي
به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى
قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقد رجع ابو يوسف رح اليه وكان
يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو الكتابة
قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام
الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على

بالقضاء او الرضاء * وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا * بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال * واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه * وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء * فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة * فان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فاذا ابرئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

قال * الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف * واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عم الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذلك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رض وعن بنت فجعل النبي عم المال بينهما نصفين * ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرنا قال * فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعده

بعد موت المولي لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصي بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه * وان مات المولي عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق * وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه * واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق مولي الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولي الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا * وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توامان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والي غيره حيث يكون ولاء الولد لمولي الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال * فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لموالي الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم تيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق الاب جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الي موالي الاب لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الي الاباء فكذلك الولاء والنسبة الي موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه * بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الي قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه نسب اليه * بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولي لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الي ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمته

الوطي وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الي حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجني الاولاد فعقلهم علي موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة علي ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الي نفسه لما بينا ولا يرجعون علي عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الي وقت العلوق وكانوا مجبورين علي ذلك فيرجعون *

ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ره قال العبد الضعيف عصمه الله وهو قول محمد ره وقال ابو يوسف ره حكمه حكم ابيه لان النسب الي الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معني ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتي اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال العبد الضعيف عصمه الله الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة قوم ثم اسلم النبطي ووالي رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد ره مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف ره مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتي تقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان ابوان معتقين فالنسبة

كالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبية لشبهه بالنسب ولان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله ع م للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رض على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رض فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى من المعتق لان المعتق اخر العصبات وهذا لان قوله ع م ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال * فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لسببية النسبة وبالموالي الانتصار على ما سروالعصبة تاخذ ما بقي * فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي ص و في اخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قد مناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الا قرب فالا قرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى اباوابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ره ومحمد ره لانه اقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة ره لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جنايته المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد

ابن اخر معناه بني ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة رض منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رض اجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب فصل في ولاء الموالاة قال * واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه اذا جنى او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رح الموالاة ليس بشئ لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث اخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن الموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم والاية في الموالاة وسئل رسول الله عم عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في حالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال * وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة بالقول قال * وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى * ان يبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال * واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضي به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قال * وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع

وسع بقائه لايظهر الا دني الكتاب الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا يتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما تهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى اليه من الفعل قال

* واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوت الرضاء وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رح لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في ساير البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضاء فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البايع وان تداولته الايدي ولم يرض

البايع بذلك بخلاف سابر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا تبطل حق الاول لحق الثاني قال العبد الضعيف رض ومن جعل البيع الجايز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوت الرضاء ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رح جعلوه بيعا جايزا مفيدا لبعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه * قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف * وكذا اذا سلم طايعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع * قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قايما في يده لفساد العقد * قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبايع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد * وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البايع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البايع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله اعلم

فصل * وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر فاكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا

هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيها وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رح انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال * وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله او بسب رسول الله صلعم بقيد او بحبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها * حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال * فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رض حين ابتلي به وقد قال له النبي عم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عم فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال * فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رض صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال * وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت * ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما

يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل * وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة * والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا قال رض وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ره وقال زفر ره يجب على المكره وقال ابو يوسف ره لا يجب عليهما وقال الشافعي ره يجب عليهما لزفر ره ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي ره في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ره ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكره على طلاق امراته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي ره وقد مر في الطلاق * قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مواخذ باتلافه قال * ويرجع بنصف مهر المراة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه

الاكراه موثر في فساد العقد وانه لا يبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره
استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه
لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا
يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ
وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق
او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها
بالالتزام * قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح الا ان يكرهه
السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود * قال واذا
اكره على الردة لم تبن امراته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان
قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان
قالت المراة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول
قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل
على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما
احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم
اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام
حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال
الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه
حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه
ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء
لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا
اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عم ففعل وقال نويت به
الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عم بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى
للصليب وسب محمدا النبي عم وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عم
بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي

والله اعلم كتاب الحجر قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا يجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي يرتقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال * ومن باع من هولاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر لهما فيتحري مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه * وهذه المعاني الثلاثة يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال * والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للمولى على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذ ان بمباشرته بخلاف سائر العقود * وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا

موخبالا يتوقف على القضاء كالذي يتلف بانقلاب النايم عليه والحايط المايل بعد الاشهاد بخلاف القولي على مابيناه قال * فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعري عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال * فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع * وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عم لا يملك العبد والمكاتب شيا الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ باب الحجر للفساد قال ابو حنيفة ره لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جايز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد ره وهو قول الشافعي ره يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه مامنع من يده ولابي حنيفة ره انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهايم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروي عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قد نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد قال * واذا حجر القاضي عليه ثم

رفع الي قاضي آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوي وليس بقضاء الا يري انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتي لو رفع تصرفه بعد الحجر الي القاضي الحاجر او الي غيره فقضي ببطلان تصرفه ثم رفع الي قاضي آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك * ثم عند ابي حنيفة ره اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتي يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتي يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقي ما بقي العلة وصار كالصباوة ولابي حنيفة ره ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا تري انه قد يصير جدًّا في هذا السن فلا فايدة للمنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبي وهو في اوايل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقي المنع ولهذا قال ابو حنيفة ره لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصباء ثم لا يتاتي التفريع علي قوله وانما التفريع علي قول من يري الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحته اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحري المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف ره لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد ره لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصباء وعلي هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي ره لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يوثر فيه الهزل يوثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معني الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا علي نهج كلام العقلاء لاتباع الهوي ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يوثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب

بسبب السفيه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتي لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه واذا صح عندهما كان علي العبد ان يسعي في قيمته لان الحجر لمعني النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر علي المريض وعن محمد رحمه الله انه لا يجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق * ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولي حيا لانه باق علي ملكه واذا مات ولم يونس منه الرشد سعي في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير * ولو جاءت جارية بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الي ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه * وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر علي بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعي ولد جارية فهو علي هذا التفصيل قال * وان تزوج امراة جاز نكاحها لانه لا يوثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية * وان سمي لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضروريات النكاح * وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمريض مرض الموت * ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الي مقدار مهر المثل * وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال * ويخرج الزكوة من مال السفيه لانها واجبت عليه * وينفق علي اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق علي ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الي مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الي امينه ليصرفها

لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بيمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال * فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبت عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه * ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على عمرة واحدة من الحج * ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما * ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله ابن عمر رض لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة * فان مرض واوصي بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي * ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم الاية وقد اونس نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

قال * بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال اذا وطي فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة وقالا رح اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح

رہ وهو قول الشافعي رہ وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانية عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية في ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشر سنة هكذا قاله ابن عباس رض وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال * واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رہ لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص * فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص * ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجي ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما منعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال * وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرماءه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء

دينه في يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف وان صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الداين وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال * وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للداين حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا * ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدا بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس قال * فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه يتعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له * ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال * وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه لان حاجة الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال * فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى

الي ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له خلي سبيله لوجوب النظرة الي الميسرة * ولو مرض في الحبس يبقي فيه ان كان له خادم تقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه * والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر فيبعث علي قضاء دينه * بخلاف ما اذا كان له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطيها لا يمنع عنه لانه قضاء احدي الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخري * قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسمه بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة الي الميسرة وعند ابي حنيفة رة لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالي غاد ورائح ولان وقوف الشهود علي عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الي ان بينة اليسار يترجح علي بينة العسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل علي انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس فيه ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس علي باب داره الي ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الي الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل علي المراة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امراة امينة تلازمها * ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي علي المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه

عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين كتاب المأذون

الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ره ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال • واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة • ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة ره خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي والماذون • ولو حابى في مرضه

مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحجر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر * وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة * وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال * ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانهما ايفاء واستيفاء * ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجارة * وياخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح * ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عم الزارع يتاجر ربه * وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وياخذها لانه من عادة التجار * وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولي اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال * فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي رح لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولي لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال * وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يامره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادِّ اليّ الغلة كل شهر كذا او قال ادِّ اليّ الفا وانت حر

لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او قال له اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع قال * واقرار الماذون بالديون والغصوب جايز وكذا بالودايع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال * وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف ره يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزوج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال * ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة * الا ان يجيزه المولي ولا دين عليه لان المولي قد ملكه ويصير العبد نايبا عنه ويرجع الحقوق الي المولي لان الوكيل في الكتابة سفير قال * ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولي * ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة * ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ره ان المحجور عليه اذا اعطاه المولي قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولي قالوا * ولا باس للمراة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال * وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار

التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه لا يحتاج اليها على ما بيناه *

وله ان يوجل في دين قد وجب له لانه من عادة التجار فال * ودبونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي ره لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شي منه على الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غيرانه يبدء بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء المقصود المولى وعند انعدامه يستوفي من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان المغصوب والودايع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطي المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال * ويقسم ثمنه بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة * فان فضل شي من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به * ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري * ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ * ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له * وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم

حقهم قال * فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتاخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل * كما في تبليغ الرسالة من الرسل * عم ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال * ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى له دوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهليته الاذن في حالة البقاء وهي ينعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال * واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال * واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رح وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة * ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال * واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها

دبرها المولى فهي ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت
بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه
في ام الولد قال فاذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند
ابي حنيفة رح ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر
بدين عليه فيقضي مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز اقراره لهما
ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها
لان يد المحجور غير معتبرة فصار كما اذا اخذ المولي كسبه من يده قبل
اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق
الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون فيما
اخذه المولي من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها
عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولي من يده قبل
الاقرار لان يد المولي ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت
في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد
قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن
خصما فيما باشره قبل البيع قال * واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته
لم يملك المولي ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند
ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب
الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية
الماذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا
للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا
للعبد وله ان الملك للمولي انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته
كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا
عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء
لتعلق حقهم به قال * وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا

إما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعري عن فايدة فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن * ولهذا لا يمنع ملك الوارث * والمستغرق يمنعه قال * وان باع من المولي شيا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه * وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى لاجنبي عند ابي حنيفة رح لانه لاتهمة فيه * وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتي كان لا حدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولي ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر من الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسير حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولي يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولي للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولي يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد الماذون على اصلهما الا باذن المولي ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو آذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما قال * وان باعه المولي شيا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولي اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولي من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفايدة * فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولي في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولي على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال * وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن

الثمن جائز لان البائع له حق الحبس في المبيع * ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين * ولو باعه باكثر من قيمته يومر بازالة المحاباة او نقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال * واذا اعتق المولى الماذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه * وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فيبقي الباقي عليه كما كان * فان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد الماذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال * فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيتخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق * كما في المرهون * فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام موخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول

صفهم البيع قال * فان كان البايع غايبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف رح انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال * ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جايز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل فصـــــــل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقي ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع

النفع والضرر فيجعل اهلا له بخلاف الاذن لا فبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا لصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد انما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي كتاب الغصب الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع قال ومن غصب شيا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدي عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابويوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الي القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه

له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمة يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال • وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العددي المتفاوت لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال • وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه مادام قايما لقوله ع م على اليد ما اخذت حتى ترد وقال ع م لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام • والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن • فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها او تقوم بينة ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال • والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل • واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وقال محمد ره يضمنه وهو قول ابي يوسف ره الاول وبه قال الشافعي ره لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب

الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال * وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا و باعها وسلمها واقر بذلك والمشتري ينكر غصب البايع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال * وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله و يتصدق بالفضل قال رض وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ره وقال ابو يوسف ره لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين قال * واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك المغصوب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب رد القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب * وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزايه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه تجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رض ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال * ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رض وهذا عندهما وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف ره انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذلك الملك في المضمون لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث * فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى

ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول وإن كان غنيا فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب مالا يتصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه كما ذكرنا قال • ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما وأصله أن الغاصب والمودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لأبي يوسف ره وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي ره لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا ره لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال • وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس

فصـــل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال • وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي ره لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف ره غير أنه إذا اختار أخذ

الرقبة قال * ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته نفذ جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال * وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها بان يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه * كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه * ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها وتجب بالاعانة والاشارة فلان تجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال * وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت

ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها وأداه مع العبد تحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا يفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال * ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالا تفاق بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطاء يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرنا شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال * ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم يكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى

لا يتقوم فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المأخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل يتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين فصـــــــــل في غصب ما لا يتقوم قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن فان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رح لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيـــه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال * فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغــه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرض والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته

فلهذا ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال
وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع
اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويوخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه ولانه التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه تعجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا

مما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب
ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف
الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة
الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته
ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيها قالوا عند ابي حنيفة ره صار ملكا للغاصب
ولا شيء له عليه وعندهما اخذه المالك واعطي ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد
ومعناه ههنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه ويضمنه
فهو على ما قيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنه عند ابي حنيفة ره خلافا لهما
كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد ره انه صار خلا من ساعته
يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك لها وهو غير متقوم وان لم تصر خلا
الا بعد زمان بان كان الملقي فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط
الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة ره
هو للغاصب في الوجهين فلا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان
في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد ره لا يضمن بالاستهلاك
في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض
المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه
كلها بغير شيء لان الملقي يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت
فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهى قال * ومن كسر لمسلم بربطا
او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز
وهذا عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد ره لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل
الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح
ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما
والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ
في المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة ره روايتان في التضمين

والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رح انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا تجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك • ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب



الشفعة | الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع * قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم وقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مونة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة ابائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال * وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال * فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة

وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف انه مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار وجدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف ره لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ره وعن ابي يوسف ره ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال * ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال * والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال * واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي ره هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال يؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك

[illegible] يضمنه النقصان فيكون له أن يؤدي إلى الغرماء وعندهما يبيعه
ويضمنه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزول ملكه عنه لكنه لا يباع في دينه فهو أحق به
من الغرماء بعد موته وللشافعي رحمه الله أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة
كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا معتبر بفعله
لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا
وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة
أي قطعها
صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في
الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله
سببا للملك من حيث أنه محظور بل من حيث أنه إحداث الصنعة بخلاف
الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة
ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها
استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبي
حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث رحمه الله ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف
ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة
المصلية بغير رضاء صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك
أي مشوية — أي قيدي
المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ولأن في إباحة الانتفاع فتح
باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة
أي قطع
لقيام الملك كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار
موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه وكذا إذا أدى
بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لأنه لا يقضي
إلا بطلبه وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أن
عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل
وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق
بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم قال * وإن غصب فضة أو ذهبا فضربها

دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رح فياخذها
ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير
حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح
راس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق
من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه
باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعة
دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة
بجنسها قال * ومن غصب ساجة فبني عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب
قيمتها وقال الشافعي رح للمالك اخذها والوجه عن الجانبين قد مهدناه ووجه
آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير
خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط
المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال
الكرخي والفقيه ابوجعفر الهندواني رح انما لا ينقض اذا بني في حوالي الساجة
اما اذا بني على نفس الساجة ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال *
ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء
ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه
انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء
بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول
اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل
وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى
منتفعا به بعد قطع الطرف قال * ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن
نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب
فيضمنه * وان خرق خرقا كثيرا تبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع
قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رض معناه يترك الثوب عليه

تعلية وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث
ان العين باق وكذا بعض المنافع قايمة ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل
به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة
ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما
يدخل فيه النقصان لان محمد رح جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا
والفايت به بعض المنافع قال * ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع
البناء والغرس وردها لقوله عم ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض
(اي لذي عرق ظالم ١٢)
باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من
سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا اشتغل ظرف غيره بطعامه * فان كانت
الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس
مقلوعا ويكونان له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا
معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيه فيقوم
الارض بدون الشجر والبناء ويقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره
بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن
فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب
وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه
ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بني فيها
لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا
ان فيه رعاية للجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف
الساحة بني فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما اذا
انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملكه
صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رح في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب
باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك
(اي بأخذ ١٢)
الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما

اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه * والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رح وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدي الخمستين جبرت بالصبغ فصل ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال * والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال * فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار قال * فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رح انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء

بملك غيره لا تجعل ثمرة من ثمرات ملكه لملاك الثمرة اذ تساووا ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضي بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضي له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال * والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال * وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال * وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال * واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها وتواخبو بكتاب والشفعة

في اوله اوفي وسطه فقرا الكتاب الي اخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ ره وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لابد من زمان التامل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هي لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ره ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى وان بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامراتان او واحد عدل عند ابي حنيفة ره وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امراة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد

لابد له و لا يملك قصاركالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشتري
هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الان فاشهد واعلي ذلك
وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع و تحديده لان المطالبة لا تصح الا في
معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى
قال * ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رح وهو رواية
عن ابي يوسف وقال محمد رح ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رح
معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس
من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضي مجلس من مجالسه و لم يخاصم
فيه اختيارا دل ذلك علي اعراضه و تسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط
بتاخيره الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه
من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل علي ما مر في الايمان
ووجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوي ان الحق متي ثبت
واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر
من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر
ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن
من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال * واذا تقدم الشفيع الي القاضي
فادعي الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي
يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق
قال رض يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل علي المدعي عليه عن موضع الدار
وحدودها لانه ادعي حقا فيها فصار كما ادعي رقبتها واذا بين ذلك يساله
عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار تلاصقها الان تم دعواه
علي ما قاله الخصاف رح وذكر في بعض الفتاوي تحديد هذه الدار التي يشفع بها
ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال * فان عجز عن البينة
استحلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب

الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر له لزمه ثم لا هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم * فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك ساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال * فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه او على ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال * ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوي مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي قال * وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة * ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ

[illegible] ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البايع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذ من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى * قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه * قال الا ان يسلمها الي الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البايع الي المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البايع وكيل الغايب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البايع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال * واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الروية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا بروبته لانه ليس بنايب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف

قال * وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البايع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه

لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه لا يتوالي بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد ره واما المشتري من العدو قلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم قلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال * واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قاله البايع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البايع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البايع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البايع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البايع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال * وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل

فيما يوخذ به المشفوع * قال واذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل

بتاصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع * وان زاد المشتري البايع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم تلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا * قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم * وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى على القدر الممكن كما في الاتلاف والعدديّ المتقارب من ذوات الامثال * وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته قال واذا باع بثمن موجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن موجل وقال زفر رح له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه موجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضاء به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن موجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن موجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه موجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب

وان شاء صبر حتي ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتي لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لقول ابي يوسف الاخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال * واذا اشتري ذمي بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصـــــــــــل واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رح الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه علي ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلي الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض * كالراهن اذا بنى في المرهون * وهذا لان حقه اقوي من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء

الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال * واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال * وان شاء ترك لان له ان يمتنع من تملك الدار بماله قال * وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية * وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال * ومن ابتاع ارضا ونخلا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع قال * وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه

علي ما عرف في ولد المبيع قال فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يا خذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مقصودا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جده المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوي الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمونة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الي غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار علي ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحا والبير والطريق قال * ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حايط وهو حجة علي مالك رح في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار علي الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخيل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار قال * والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثي والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال * واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة علي ما مر قال * ولا شفعة في الدار التي

التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح
بها من دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة
المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف
المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض
متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف
الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتي فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا
او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح
وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير
متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما
وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد
في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة
مال بمال ولو تزوجها على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رح
وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع
ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع
ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها
ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال * او يصالح عليها
بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في
اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح
عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل من ملكه وكذا اذا صالح
عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما
اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي
وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت
او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا
لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون

لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة مال بمال

بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شايعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال * ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البايع * فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال و يشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك * وان اشتري بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البايع بالاتفاق والشفعة تبتني عليه على مامر واذا اخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع * وان بيعت دار الي جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذه ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الروية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولي له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولي حين بيعت الثانية قال * ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البايع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفساد ممنوع عنه قال * فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه * وان سلمها الي المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده ولان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت الماخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البايع من

من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا لان بقاء ملكه الخ

قال * واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة

قال * واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية اوشرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه * وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم اونه فسخ من كل وجه

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة * وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال * وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا * بخلاف القصاص لانه حق متقرر * وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك

في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختارني بالف او قال العنين لامراته اختاري
ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض * والكفالة بالنفس
في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل
هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال *
واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه
معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل
نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط
وقد مر في البيوع ولان بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث
بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب
الشفعة بدونه * وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير
سبب حقه * ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي
او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار لتقدم حقه ولهذا
ينقض تصرفه في حياته قال * واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة
بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا
يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرء عن الدين وهو
لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال
فبقي الاتصال قال * ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له * ووكيل المشتري
اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى
او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته
وهو البيع والمشتري لا ينقض شراءه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء *
وكذلك لو ضمن الدرك عن البايع وهو الشفيع فلا شفعة له * وكذلك اذا باع
وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له
لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري
قال * واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او

او حنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم
لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني
اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف
ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهو
دراهم او دنانير * وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا
كانت اكثر وقال زفر ره له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في
حق الثمنية قال * واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره
فله الشفعة لتفاوت الجوار * ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب
غيره لان التسليم لم يوجد في حقه * ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء
الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر
الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه فصل واذا باع دارا
الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع
الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال ره واذا
ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون
الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه
فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها
بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر
والثمن هو العوض عن الدار قال رض وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة
فيباع باضعاف قيمته ويعطي بها ثوبا بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة
يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه
ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب
رد الدينار لا غير قال * ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه
ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف

الحيلة في اسقاط الزكوة مسائل متفرقة قال * واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ماقبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الاخر حصته كيلا يودي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البايع وسواء سمي لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال * ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رح لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر قال * ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال * وتسليم الاب والوصي الشفعة على

على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهم الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل طلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله * كديته وقوده * ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا يرى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رح انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رح والله اعلم

كتاب القسمة

والقسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعري عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه * ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن * ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الاخر * ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه

ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال * وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال * فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة * ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وذلك بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة * ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله * ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه قال * ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال * واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره * كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشتركة * ونفقة المملوك المشترك * ولابي حنيفة رح ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال * واذا

اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة ره حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم * وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها ويقضي ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلابد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا الحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البايع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال * وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رض هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال * واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض

نصيب الغائب وكذا لوكان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغايب والصغير ولابد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلا فالهما كما ذكرناه من قبل * ولوكانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتي يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء فملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق * وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شئ منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال * وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لابد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا * ولوكان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه فصل فيما يقسم وما لا يقسم قال * واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على مابيناه من قبل * وان كان ينتفع احدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص ره على قلب هذا لان

كان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر يرضي بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول * وان كان كل واحد يستضر الصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي يعتمد الظاهر قال * وتقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة * ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معا وضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي * ويقسم كل موزون ومكيل كثيرا وقليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا تقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا تقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة وتقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا اجعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز قال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف الغنايم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا فاما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللالي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر

المحتمل من جهالة الرقيق الا يري انه لو تزوج علي لولوة او باقوتة او خالع عليهما لا تصح التسمية وتصح ذلك علي عبد فا ولي ان لا تجبر علي القسمة قال *
ولا يقسم حمام ولا بير ولا رحي الا ان يتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل علي الضرر في الطرفين اذ لا يبقي لكل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال * واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار علي حدتها في قول ابي حنيفة رح وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلي هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الي اصل السكني اجناس معني نظرا الي اختلاف المقاصد ووجوه السكني فيفوض الترجيح الي القاضي وله ان الاعتبار للمعني وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الي المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج علي دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت علي حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رض تغيير الوضع في الكتاب اشارة الي ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخري والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت علي ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال * وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما علي حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف رح وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل علي انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبني حرمة الربوا هنالك علي شبهة المجانسة فصل في كيفية القسمة قال * وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه علي سهام القسمة ويروي يعزله

يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الاجرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتي لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معني القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث علي هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الي اقل الانصباء حتي اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناها مشبعا في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالي وقوله في الكتاب فيفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز علي ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالي والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتي لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معني القضاء فملك الالزام قال • ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الي عين العقار ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له • وان كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك علي اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رح انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم علي الاخر حتي يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم تملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رح انه يرد علي شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال • فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الاخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق

قاعدة كلية

ويسيل في نصيب الاخر لانه امكن تحقيق معني القسمة من غير ضرر* وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلفة لبقاء الاختلاط فتستانف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تمالك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معني القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقي لكل واحد تعلق بنصيب الاخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الي غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معني البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معني الافراز وذلك بانقطاع التعلق علي ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر* ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه* وان كان لا يستقيم ذلك يرفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق* ولو اختلفوا في مقداره جعل علي عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به* والطريق علي سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه* ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة علي التفاضل جايزة بالتراضي قال * واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد علي حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رح وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله انه يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بيرماء اوسردابا اواصطبلا اوغير ذلك فلا

فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان
الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمرعي التسوية
في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال
ابو حنيفة ره ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ره ذراع
بذراع وقيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل
السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل
هو اختلاف معنى ووجه قول ابى حنيفة ره ان منفعة السفل تربوا على منفعة
العلو بضعفه لانه يبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل
وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه
البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل
ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان
لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالاخر على اصله ولمحمد ان المنفعة
تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة
والفتوى اليوم على قول محمد ره وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول
ابي حنيفة ره في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو
المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل
فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلاثة وثلثان
وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فساوي مائة من العلو المجرد ويجعل
بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع
لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسير قول ابى يوسف ره
ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد
اومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا
من الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال * واذا اختلف
المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما اعلم ان هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة

وابي يوسف وقال محمد ره لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي ره
وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد ره
انهما شهدا على فعل انفسهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد
ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا
على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه اولانه لا يصلح مشهودا
به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة
عليه وقال الطحاوي ره اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض
المشايخ ره لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى
معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما
لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف
في الاستيفاء فانتفت التهمة * ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد
غير مقبولة على الغير * ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول
الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله اعلم
باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها قال * واذا ادعى
احدهم الغلط اوزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه
بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها
فلا يصدق الا بحجة * فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع
بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول
حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل
دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد * وان قال قد استوفيت حقي واخذت
بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر * وان قال
اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه
شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة
فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو

* ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل * ولو اقتسما داراً واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الاخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الاخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد * وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع فصــــل واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ره ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف ره تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد ره وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف ره ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق

فاذكرنا وصورة المسالة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعنده ما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده واذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل فلو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا وسقط خيار بيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال * ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لاحاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم * ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال * ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة * ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا فصل في المهاياة *

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف * ولو تهايئا في

في دار واحدة علي أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز
لأن القسمة علي هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع
الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت * ولكل واحد ان يستغل
ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع علي ملكه *
ولو تهايآ في عبد واحد علي ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير
لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا *
ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي
بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة
لا بد من الاتفاق * فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة *
ولو تهايآ في العبدين علي ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما
لان القسمة علي هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا
المهاياة وقيل عند ابي حنيفة ره لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري
فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث
الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا علي
ما تقدم * ولو تهايآ فيهما علي ان نفقة كل عبد علي من ياخذه جاز استحسانا
للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها * ولو تهايآ
في دارين علي ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما
فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة
وعن ابي حنيفة ره انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه
بيع السكني بالسكني بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر
جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه
جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة *
وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ علي الركوب عند ابي حنيفة ره وعندهما يجوز
اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين

حاذق واخرق والتهايي في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا
بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها
واما التهايي في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد
الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاوه في العقار وتغيره في الحيوانات
لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما
عليها في نوبة الاخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان
التهايي على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه
التهايي حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايي على الاستغلال
في الدارين جايز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه
بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد
زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد
في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في
العبدين عندهما اعتبارا بالتهايي في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت
في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمنع
الجواز والتهايي في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان
قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال
فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب
* ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايا على ان ياخذ كل واحد منهما
طايفة يستثمرها او يرعاها ويشرب لبنها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة
انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها
والحيلة ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن
بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه * اذ قرض المشاع جايز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان

ـرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج • وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جايزة لما روي ان النبي ع م عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما • بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوايد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة • وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي ع م اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جايز واذا فسدت عنده فان سقي الارض وكربها ولم يخرج شي فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها لتعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد

شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس
البذر ليصير الاجر معلوما قال * وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض
والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار
كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط * وان كان الارض لواحد والعمل
والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار للارض ببعض معلوم من الخارج
فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة * وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد
والعمل من الآخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر
خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره * وان كانت الارض والبقر لواحد
والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح
انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب
العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض
قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك
بخلق الله تعالى فلم تتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه
تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما
احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم
شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه
لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين
لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض
ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال * ولا تصح المزارعة ...نه عقد على
الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى ...منافع الارض
الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة ...منافع العامل
لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة
لاحدهما في المضاربة * وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي
بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم

لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يودي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال * وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولاخر ما يخرج من ناحية اخرى * وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن * وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يودى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب * ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل * ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد * وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يودي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال * واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام * وان لم تخرج الارض شيأ فلا شي للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال * واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال * ولو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند

الى حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه
استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات
* وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع
الارض بعقد فاسد فيجب عليه ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها
وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه * ولو جمع بين
الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو
الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى * واذا استحق رب الارض
الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض
مملوكة له * وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق
بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع
الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به
قال * واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه
لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه * فصار كما استاجر اجيرا ليهدم داره
* وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه
بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به
الاجارة فيفسخ به المزارعة قال * ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله
وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم
اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك قال
واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الا
جارات * فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم
يستحصد حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع
ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنين لان في ابقاء
العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس
فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيها على القياس * ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد

لانه لو بقي العقد الخ

بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباع جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء • ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال • ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال • وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك بقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه • فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه • ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع • ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر • ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب

الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا بقينا العقد نظرا لهم فاذا ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقي مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مونته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف ره انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الايمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد فصل القصيل او جد الثمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

ان العقد يتناهي الخ

كتاب المساقاة قال * ابو حنيفة ره المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جايزة اذا ذكر مدة معلومة وسمي جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي ره المعاملة جايزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادات دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون

فيه الشجر بان شرط رفعه من راس الخارج فتفسد به المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا له كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة تجوز وتقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقل ما تفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتاخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بافة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء

بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة
الي صاحب البذر على ماقدمناه قال * فان دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد
بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز
ولو استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل
بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع
بخلاف ماقبل ذلك لتحقق الحاجة الي العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل
اجر مثله لانه في معني الاجارة الفاسدة وصارت كالمزارعة اذا فسدت قال *
وتبطل المساقاة بالموت لانها في معني الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض
والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الي ان يدرك التمر وان
كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقي العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه
علي الاخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الاخر بين ان يقتسموا البسر على
الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتي
يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من التمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم
وقد بينا نظيره في المزارعة * ولو مات العامل فلورثته ان تقوموا عليه وان كره
رب الارض لان فيه النظر من الجانبين * فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب
الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها * وان ماتا جميعا فالخيار لورثة
العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار
الي وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابي ورثة العامل ان يقوموا
عليه كان الخيار في ذلك الي ورثة رب الارض على ماوصفنا * واذا انقضت
مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها
الي ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا
لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة
في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق
عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال

قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيهما ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه لم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احداهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته * ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها * وهي اختيارية كالجرح بين اللبة واللحيين * واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا اية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم * ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان

السعف جريد النخل او ورقه

الا ما ذكيتم

لا يضبط ولا يعقل التسمية فالذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والا قلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال * ولا توكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال * والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال * والوثني لانه لا يعتقد الملة قال * والمحرم يعني من الصيد * وكذا لا يوكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يومن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال * وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا توكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي ره اكل في الوجهين وقال مالك ره لا توكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي ره مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة

اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الاية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجري على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا تدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان * ثم التسمية في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو على الالة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يوكل قال * ويكره ان يذكر مع الله تعالى شيا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على

ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسوال * ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمته دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال * والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجري والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال * والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رح الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا فاختلف الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلاث اي ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجري الدم اما الحلقوم يخالف المري

المري فانه مجرى العلف والماء والودجين مجرى الدم فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة ره ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيي بعد قطع مجري النفس اوالطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيأ احتياطا لجانب الحرمة قال * ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتي لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي ره المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافري الاوداج ما خلا الظفر والسن فانها مدي الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروي افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول علي غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معني المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان فيه اعسارا علي الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان قال * ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شئ انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد ره في الجامع الصغير علي الميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يوكل قال * ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان علي كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته * ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه راي رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتوكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق

ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى أن تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه

* ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زايد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال * وان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج * وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال * وما استانس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول * وكذا ما تردى من النعم في بير ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحرا فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة حل اكله قال * والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره * والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في

والثاني كالبدل الخ

غير المحرم وبيهما في المذبح والدراهم بمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك ره انه لا يحل قال * ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة ره وهو قول زفر والحسن ابن زياد ره وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي ره لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزء منها فالجرح في الام ذكوة له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق فصل فيما يحل اكله وما لا يحل قال * ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال * ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير قال ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا

الغذاف قال أبوحنيفة ر دلا باس باكل العقعق لا نه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهي عايشة رض حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من الموذيات والسلحفاة من خبايث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال * ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روي خالد ابن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمر وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال * ويكره لحم الفرس عند ابى حنيفة ره وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا باس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابى حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال * ولا باس باكل الارنب لان النبي عليه السلام اكل منه حين أهدي اليه مشويا وامر اصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من آكلة الجيف فاشبه الظبي قال * واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الادمي والخنزير فان الذكوة لا تعمل فيهما اما الادمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رح الذكوة لا توثر في جميع ذلك لانه لا يوثر في

في الجلد الشحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار
كلحم الخوصي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي
النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود
في الجلد كالشحم والحم وفعل الخوصي اماته في الشرع فلا بد من الدباغ
وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل
يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا
خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال * ولا يؤكل
من حيوان الماء الا السمك وقال مالك ره وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما
في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي ره انه اطلق
ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر
من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه
لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك
ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله
عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور
فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي
محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا
ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال
* ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا باس به لاطلاق
ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روي جابر رضي الله عنه
عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا
فلا تاكلوا وعن جماعة الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون
موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال * ولا باس باكل الجريث
والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك ره لا يحل الجراد الا
ان يقطع الاخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء

احلت لنا ميتتان

يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في ما يره والحجة عليه ما روينا وسُئل علي رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصنا بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي ره وذكر الطحاوي ره ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة موكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها فيفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب

الوجوب لانها قربة لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا وباليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما تجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان تجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال * ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره محمد ره في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك ره تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام

اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده
ما يروي على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة * ولو كانت البدنة بين
اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبع له
واذا اجاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا مجازفة
لا يجوز الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع * ولو اشترى
بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه جاز استحسانا وفي القياس
لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك
هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء
وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج
وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء
ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة ره
انه يكره الاشراك بعد الشراء لما بينا قال * وليس على الفقير والمسافر اضحية
لما بينا وابو بكر وعمر رض كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رض ليس
على المسافر جمعة ولا اضحية قال * ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر
من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما
اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح
قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين
وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا
الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير
لاحتمال التشاغل به عن الصلاة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلاة عليه
وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد الصلاة
قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي
في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة
المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا

غيران الاداء
وقوله من وجد
سعة الخ

وهذا لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لامكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحي بعد ما صلي اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتي لو اكتفوا بها اجزتهم وكذا علي هذا عكسه وقيل هو جايز قياسا واستحسانا قال * وهي جايزة في ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ره ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ماروي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدي الي المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الي اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض * ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل * وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة توتي بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الافاقي * ولو لم يضح حتي مضت ايام النحر ان كان اوجب علي نفسه او كان فقيرا وقد اشتري الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشتري او لم يشتر لانها واجبة علي الغني وتجب علي الفقير بالشرا بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضي بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال * ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الي المنسك * ولا العجفا لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال * ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما

واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال * ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروي عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة ويروي الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما مر في الصلاة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا راته من موضع علم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا راته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال * ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوئين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه * والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول

والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر
الاذن اذا كان لا تجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه
غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء
فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه
ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية
على الموسر مكانها اخرى ولا شئ على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى
ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما
ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به
اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا
بعد فوره عند محمد ره خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح قال
والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية
بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي
من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام
ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام
نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط
بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر
في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني ره انه ابن سبعة اشهر والثني منها
ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر
الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي
الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى
سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه
وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز

عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد

الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود

وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت

قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم

يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا

لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع

الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف

لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة

قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء للميت * ولو ذبحوها

من غير اذن الورثة اجزاهم لما بينا انه قربة * ولو مات واحد منهم فذبحها

الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد

الاذن من الورثة فكان قربة قال * ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء

والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي

فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا * ويستحب

ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاث * الاكل والادخار لما روينا والاطعام

لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال * ويتصدق بجلدها لانه

جزء منها * او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها

لان الانتفاع به غير محرم * ولا باس بان يشتري به ما ينتفع في البيت بعينه

مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل * ولا يشتري به

ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم

والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح

ولو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه

لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا

اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا

ولا يعطي اجرا لجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجرا لجزار منها شيا والنهي عنه نهي عن البيع لانه في معنى البيع * ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزايها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي * ويكره ان يحلب لبنها فينتفع بها كما في الصوف قال * والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي واشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال * ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها * ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افساد اقال * واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الاخر اجزي عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان اخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسايل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر

والقدر على الكانون والحطب تحته اوجعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة واما لها الي نفسه اوحمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما اوحمل على دابته ماسقط فعطبت لايكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتاتي فيها القياس والاستحسان كماذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيمافعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ماذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم كتاب الكراهية قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه الي الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل في الاكل والشرب قال ابوحنيفة يكره اكل لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله ع م في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه

نحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي * وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمراة وغيرهما لما ذكرنا قال * ولا باس باستعمال انية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي ره يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال * ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة ره والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروي مع ابي حنيفة ويروي مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المراة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ره ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال * ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات * وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل

المولى الى يقبل في الحرمة قال * ويجوز ان يقبل في الهدايا والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال * ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم الحكم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة فيقبل ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال * ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح فالقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لا يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري هذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية

[illegible] الى الوليمة او طعام فوجد ثمة لعبا وغناء فلا باس
بان يقعد وياكل قال ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة
الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها
لما اقترنت به من البدعة من غيره * كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها
نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر * وهذا اذا لم يكن مقتدي
فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح
باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل
ان يصير مقتدي ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتديا
لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم
قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه
قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب
وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون * فصل في اللبس
قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهي
عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل
للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم فيهم علي
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى
ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم
الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير
لما روي انه عليه السلام نهي عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة
او اربعة اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير
* ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير
ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره
من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات
ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضي الله عنه

الا انه زي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير
وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل
من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه
نموذجا على ما عرف قال * ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما
لما روى الشعبي انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب
ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو
لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت
بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة
وما رواه محمول على المخلوط قال * ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته
غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا
يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج
باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون
بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير
ملبوس قال * وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا باس به في الحرب
للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا قال * ولا يجوز
للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم
والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن
الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك اثار وفي الجامع
الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر
حرام وراى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي
اجد منك رائحة الاصنام وراى على اخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك
حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه
ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه
والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي

[illegible] الحجر او الفيروزج ولذا الذي فصها بالادنى وهو الفضة او الحلقة هي المعتبر لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن * وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه قال * ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال * ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال * ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس * كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه * قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر * وصار كالتربع في الجلوس * ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان فصل في الوطي والنظر واللمس قال * ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه

والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة ره انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك * ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله ابن الزبير رضي الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه * وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة * والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال * ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء * ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا باس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان

[illegible] ان ينظر الي موضع

المرض منها للضرورة • وينبغي ان يعلم امراة مداواتها [illegible] نظر الجنس الى

الجنس اسهل • فان لم يقدر يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر

ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة

والختان • وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة

ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف لانه امارة

المرض قال • وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته

لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروي ما دون سرته

حتي تجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة

والشافعي رحمهما الله و الركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي و الفخذ عورة خلافا

لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام

ابو بكر محمد بن الفضل الكماري ره معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص

بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة

من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة

رضي الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة

ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب

المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة

حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة

يؤدب ان لج • وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح اللمس لانهما فيما

ليس بعورة سواء قال • ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل

اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة

كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثي من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي

بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في

قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها

ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذه اشارة الى التحريم
ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت
الشهوة من الجانبين موجودة ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة
في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء
الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال * وتنظر المراة من المراة الى
ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا
كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن
وعن ابي حنيفة رح ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف
نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال
والاول اصح قال * وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا
اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله
عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المسيس
والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة
صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان
تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله
عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال * وينظر
الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين
ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب
ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة
بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل
على البعض من غير استيذان واحتشام والمراة في بيتها في ثياب مهنتها عادة
فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة
المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من

بينه وبينها على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع
والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا
قال * ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك
في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح
المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه
الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما
النظر واليدان تزنيان وزناهما المس وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ
فيجتنب * ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المراة
فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه
السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد
اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من
وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها
على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب
بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة
عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال * وينظر الرجل
من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج
لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت
في حق الاجانب كحال المراة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله
عنه اذا راى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر * ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن
مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم
بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة
والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله
على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقيل

لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رح في الاصل الضرورة
فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال * ولا باس بان يمس ذلك اذا اراد
الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير
ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى
للضرورة * ولا يباح المس اذا اشتهى او اكبر رايه كان ذلك لانه نوع استمتاع
وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت
الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها
عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض
في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال * والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول
عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع
* وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل * وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه
فحل فاسق والحاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير
مستثنى بالنص قال * ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز
للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رح هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رح لقوله
تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان
ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة
قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما
لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال * ويعزل عن امته
بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن
الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء
للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي
فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره
فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال * ومن اشترى
جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى

حتى يستبريها والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطاء الحبالى
حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء
على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه
هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة
للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل
او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على
المشتري لا على البايع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي
يريده دون البايع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على
دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا
وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد
وتعدى الحكم الى ساير اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث
والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة
والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق
السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب
عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة
التي حاضتها بعد الشراء وغيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة
بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم
لا يسبق السبب وكذا لا يجتزاء بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت
في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء
صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب — والحكم لا يسبق
قد تم الان والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد — السبب
القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية
وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضي
للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض قال • ولا يجب الاستبراء اذا رجعت

الايقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظاير كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء فحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البايع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد ره انها لا تحرم لانها لا تحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنايه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر ره سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة ره قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البايع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البايع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس

وهو قوله عم الا لا توطأ الحبالى

بالمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر
يحرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف
والاحرام وفي المنكوحة اذا وطيت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض
يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض
الحرج ولا كذلك ما عدد ناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان
يقبل وهو صايم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة
فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى
يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين
المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض
بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما
في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على
ما قدمناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس له ان يجامع احديهما
ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما
بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه
فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر
اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به
وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت
حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى
لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما
نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة
عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة
دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امراتين
لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه فهما بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل
الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة

بمعنى الدليل

اشارة الى قوله ان سبب الحرام حرام

ان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم

اشارة الى قوله بان كانت احديهما عمة الاخرى او خالتها

ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام
عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي
ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل
وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد
اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا باس بالمصافحة
لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت
ذنوبه فـــصـــل في البيع قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة
وقال الشافعي رح لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة
وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع
فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع
المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير
المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن علم
بجارية انها لرجل فراى اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه
ان يبتاعها ويطاءها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد
في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها
منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة
واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على
ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشي من ذلك
لان اكبر الراي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره
صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله
وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره
صاحب اليد بشي فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك
الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان
ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض

اي في فصل الاكل والشرب في مسئلة ومن ارسل اجيرا مجوسيا

لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له

معاملة من اخر فقط ما أكبر الرأي عنده وهو الفاسق والكافر الا ان يكون مثله
لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى
ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي * وان كان الذي اتاه بها
عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال لان المملوك لا ملك له فيعلم
ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن
ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل
قال * ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان
غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها
انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع
وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا
اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي ثم
طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية
كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان
فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى
يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي
مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك
عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده
فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج
انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام
الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف
يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له
فلما كبرت لقيها رجل في بلد اخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها
لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال * واذا باع المسلم خمرا واخذ
ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا

اراد به قوله لو قالت جارية كنت امة لفلان

فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم
في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع
وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل
الاخذ منه قال * ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان ذلك
في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل
فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به
حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره
اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر
كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل
لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا
لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه
غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان
ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر
حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف
ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها
لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام
من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد بري من الله وبري الله منه وقيل بالشهر لان
ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع
النفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله
وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة
في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد
اخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة
الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رح

اي في الايمان والسلم

لا ن حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الي فنائها وقال ابو يوسف يكره لا طلاق ما روينا وقال محمد ره كل ما يجلب منه الي المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيد المتجر العادة بالحمل منه الي المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ٭ ولا ينبغي للسلطان ان يسعر علي الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة علي ما نبين والمساكن في قوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا واذا رفع الي القاضي هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله علي اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخري حبسه وعزره علي ما يري زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل الراي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدي رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة ره لانه لا يري الحجر علي الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر علي قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره علي البيع وهل يبيع القاضي علي المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو علي الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة ره يري الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الي المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به

وهو قوله عليه السلام المحتكر ملعون

اي في كتاب الجهاد

هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشي من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم لا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال * ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال * ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا باس ببيع ارضها ايضا وهذا رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام الا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان ياخذ به ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم ياخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الاخذ والله اعلم * مسائل متفرقة * ويكره التعشير والنقط في المصحف لقوله

وقال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الاي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا باس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يودي الى تلويث المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا باس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة وفي الثاني منفعة الناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وصح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رح لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح لانه ماثور عن النبي عليه السلام روي انه كان من دعائه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة

يعني في الصلاة

التامة ولكنا نقول هذا آخر الواحد وفكان الاحتياط في الاستماع ويكره ان يقول الرجل
في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق
قال * ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها
فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر بها فهو عبث ولهو وقال
عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه
وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ
الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عليه السلام
من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه
نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله
عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم
يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم
ولم ير ابو حنيفة رح به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد
التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم
والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس
من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه
حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط
من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه
الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته
ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال * ومن كان
في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة واصل هذا ان التصرف على
الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح
والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه باقامة الشرع ونوع
اخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة
الاظئار وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في

رضي [redacted] الا انه لا يشترط في حق
الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة
والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق
بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة
الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان
في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك
الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من
العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور
يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية يعني في باب العبد
لا يروي الدابة وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد
بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده
لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا
عن اباقه وصيانة لماله * ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي
مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه
لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا باس
برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث
عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم
وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب
اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار
على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل
بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب
يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال
وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين
لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية

وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال * ولا باس ان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ماذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

كتاب احياء الموات * الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد ره انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف ره لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد ره اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده ره وشمس الائمة السرخسي ره اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ره ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة ره وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه * كما في الحطب والصيد * ولابي حنيفة ره قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رويناه يحتمل انه اذن

اذن للقوم ونصب للشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاب الخيل
والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في ساير الغنايم ويجب
فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء
الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها
وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها
فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها
بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول
بالترك ومن احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة
نفر على التعاقب فعن محمد رح ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها للطرقة
وقصد الرابع ابطال حقه قال * ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان
الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان
فيه كما في ساير اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال * ومن حجر ارضا ولم
يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع الى الاول كان
ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعه
الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما
هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله
او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما
شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين
حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره
فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها
من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه
تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق
الاحياء منه دون الاول فصار * كالاستيام فانه يكره * ولو فعل يجوز العقد
ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الا...

واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعل حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسنات ليمنع الناس من الدخول او حفر من بير ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها او سقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان كان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال * ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصايدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقتها او دليلها على ما بينا فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام مالا غنى بالمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال * ومن حفر بيرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البير احياء قال * فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل اربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رح اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمس مائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبير العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البير فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال * وان كانت عينا فحريمها

فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج
للزراعة فلابد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع
يجري فيه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف
والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة
وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة
بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال
* فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به
وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف
في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حد حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا
ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل له ان ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة
يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم
جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة
النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر
وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا
وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية
ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء
حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى لا شئ عليه لانه غير متعد في حفرها
وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر
الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رح انه بمنزلة البئر في
استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء
على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء
على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس
في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها
لانه يحتاج الى حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع من كل

وهو قوله ع م حريم العين خمسمائة . ذراع

اي بينا الوجه ان خمسمائة يعتبر من كل جانب

جانب به ورد الحديث ... ما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوزان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر انه بدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال • ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئله بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء فلا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير وله ان القياس يأباه على ماذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستسقاء ولا استسقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الاخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ماهو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالاخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولاخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولاخر خلف

وهو قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم اه

خلف المسناة ارض تلزقها والمسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة ره وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس فصول في مسائل الشرب فصل في المياه واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيأ من الشفة والشفة الشرب لبني ادم والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك ولا نتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيى واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله يعني الدليل عليه السلام الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب

والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفه ولان البير ونحوها ما وضع للاحراز
ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة
لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره
فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم فان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها
كان لاهل النهران يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة
ولا نالوا بحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه
صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد الماخوذ الا انه
بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في
موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان البير او العين او الحوض
او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد
ماء اخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر
اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذه بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا مروي
عن الطحاوي رحمه الله وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا
احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر
لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف
على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو
الشفة والماء في البير مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله
بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البير
ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام
التعزير له والشفة اذا كان ياتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد
من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد ها
في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا
بسقي المزارع والمستاجر والجامع تفويت حقه * ولهم ان ياخذوا الماء منه
للوضوء وغسل الثياب في الصحيح * لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل

يعني قوله عليه
[illegible] الناس شركاء
في الثلاث
في الماء والكلاء
والنار

قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا
بجواز له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعده من المنع من الدناءة
وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبيره وقناته الا
باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة
الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب
النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة
فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به لانه حقه فتجري فيه الاباحة
كالماء والمحرز في اناء به فصل في كري الانهار قال رضي الله عنه
الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماءه في المقاسم بعد كالفرات
ونحوه ونهر مملوك دخل ماءه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل
ماءه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه
فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فتكون
مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات
لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام
يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله
قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه
ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه
على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص
والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية
الشركاء وضرر الابي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه
خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الابي والا فلا
لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه
فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الابي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد
من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الابي بما انفقوا فيه

لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم

اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ماتقدم ولاجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى اخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل مافضل من الماء فيه وله ان المقصد من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد ره والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقط عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك مالم تفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شي لانهم لا يحصون ولانهم اتباع فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه * ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى * واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له اوانه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب * واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق

حق الباقين ولكنه يشرب بحصته * فان تراضوا على ان يسكر الا على النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم * وليس لاحد منهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة * ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه * ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على

كالبول لثبوتها بالدلايل القطعية على ما بيّنا ه والخامس ان يكفر مستحلها لانكاره
الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها
وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها
وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط
ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم
دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع
باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة
ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه
لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس
حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها
وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وان عاد فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا
وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ماذكرناه في الحدود والتاسع
ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه
لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه
وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي ره وسنذكره من بعد
ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من
ثلثيه فهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ
وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف
وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس
بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا
للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب
فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبدالله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه
سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله

رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرنا فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف

وهو قوله ع م الخمر من هاتين الشجرتين .

وهو قوله لنا انه رقيق ملذ مطرب

اي ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مامورا باعطاء المثل

وهو الغليان والشدة والقذف بالزبد

رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في
المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال
وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه
كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى قال ولا بأس بالخليطين لما روي
عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت
اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين
وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه
عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والمذنب
والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين
ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر
من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان
الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب
لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب
اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل وقالوا الاصح انه يحد فانه روي
عن محمد رح فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق
يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك
المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل
عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل
لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه
قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي رح حرام وهذا
الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح

شاره الى ما ذكر
ن السكران منه
منزلة النائم الا

ن مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة
قوله عم كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى
عنه عم ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون
حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى
بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر
اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم
القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه
لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت
على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب
عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث
لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ
حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما
فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى
بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة ره وفي رواية عنه لا يحل ما لم
يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغيير فصار كما
بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر وبين التمر والزبيب لا يحل حتى
يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان
يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع
التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب
ان كان ما انقع فيه شيا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ
النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب
جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درأه
ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة
قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت

على ما ذكر الا
يحيى بن معين
ثلث احاديث لم
يصح من رسول
الله عم و ذكر
من جملتها
هذا الحديث

• تاهذ ثلث العصير كله و هو ثلاثة وثلث وتصربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ماذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شي وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال مابقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد قال * الصيد الاصطياد و يطلق على مايصاد و الفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما وقوله ع م لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بماهو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ماذكر به الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي فصل

في الجوارح قال * يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شي علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ماروينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ماتلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما

انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم
الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته
وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنه ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب
وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة
والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد
الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك
الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهم الله لان فيما دونه
مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة
له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار
وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل
والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر
في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر
بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي
المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا
وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان
الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه
عنده فيكون هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام
فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه
وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا
من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل
بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار
السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة
متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق
الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد

من الدلالة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يرشد
الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على
الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي فيه وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف
رح انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا قال فان اكل منه
الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة
التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على
مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد
صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا
ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء
واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام
المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة
فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل
ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى
الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف
غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز
فحرمناه احتياطا وله انه اية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها
فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول
المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر
من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم
بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه
اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح
لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة
والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما
غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط تركه

اشارة الى قوله لا تنافي فيه

اراد به قوله وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات اه

ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل
ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة
فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث
اكل من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه
ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه
الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول
لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون
لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل
قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله
قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى
مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن
من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون
في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه
يحل وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر
على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو
قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس
يختلفون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير
الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح
لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع
وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن
لفقد الالة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رح
لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان
يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي

ارة الى قول
انه ثبت يد
ى المذبوح

باضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا تركه التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رح وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رح اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل له لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ❊

ولو ارسله على صيد كثير وسمي مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية يصير مذبوحة بفعل غير الاول فلابد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ❊ ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال ❊ وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ...

اراد به قوله لانه ما بقي اضطراب المذبوح

يعني به وقع في يده حيا

اراد به ما بينه في اوايل كتاب الذبح وهو قوله وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي

لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى بسهمه الى صيد فاصابه واصاب آخر • ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم • ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للكمين لما بينا في الكلب • ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال • وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال • وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا • ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة • ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاي •

اراد به قوله فكمن حتى يستمكن

وهو قوله وما علمتم من الجوارح

والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال • ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الاخر اكل لما قلنا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيد بجرح الكلب الاول فصل في الرمي ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رح انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رح خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب

اشار الى قوله لان الامتناع عن بعد الجرح اه

اي لان الفعل ليس باصطياد

فاصاب صيدا ولا يدري ناده او ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس • قاعدة كلية
ولو رمى الى سمكة اوجرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف رح
لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه
وقد ظنه ادميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل
عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم
آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولابد
من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها
بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع السهم بالصيد
فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد
عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل
الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان لاحتمال الموت
بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا
الا انا سقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة ان لا يعري الاصطياد عنه ولا ضرورة
فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه
حجة على مالك رح في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات
لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن
الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب
في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء
او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية
وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط
من علو يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك
في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء
اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم • قاعدة كلية
لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن

اي في فصل الجوارح وهو قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية اه

التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او اجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حده هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد رح وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي رح على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء قال وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابه البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك اولعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصى او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم اذا كان له حدة تبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح

وَالْأَصْلُ فِي هٰذِهِ المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عم انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لابد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رح اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم تقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم ... ـرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم

قاعدة كلية

اي يؤيد قول ابي القاسم

وهو ان الرمي مع الجرح مبيح فلما قطع العضو كان الجرح موجودا لا محالة فيحل

قاعدة كلية

او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته

حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع * وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه * وان كان لا يتوهم بان بقي [بجلده] حل ماسواه لوجود الاماتة معنى والعبرة للمعاني قال * ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على مابيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال * ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويوكل لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر مايبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحياة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ماعرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال

رقوله حلت لنا ميتتان ودمان

بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال * والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لم يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمته لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال * ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم * صيد الملوك ارانب وثعالب * واذا ركبت فصيدي الابطال * ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب

وهو قوله تعالى اذا حللتم فاصطادوا

كتاب الرهن الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهن به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة

بسبب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال ...
ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد
تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه
ان شاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين
فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون
بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن
لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه
كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه
قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رح انه لا يثبت
في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف
الشراء لانه ناقل للضمان من البايع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول
اصح * قال واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله
فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن
لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال * واذا سلمه اليه فقبضه
دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه
لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال
ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط
الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط
بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة
ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الراهن عنده ذهب
حقك وقوله ع م اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت
قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن
مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله
عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا

كذا ذكر الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم شعر وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا * والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهي ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهي جملتها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسنبينها البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال * ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها وان كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه

يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال * وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رح الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمس مائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن لان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفي كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها فلا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيامه بيد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي

اي في فصل الحبس من كتاب ادب القاضي

يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا النقل واجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ❊ ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ❊ ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به قال ❊ وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ❊ ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين

اي فيما اذا باع العدل او المرتهن

اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيأ

اراد به قوله والرهن ينبئ عن الحبس الدائم

قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه
فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك
بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده * وكذلك لو تفاسخا
الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبريه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن
على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين * ولو هلك في يده سقط
الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام
ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع
* وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يواجر ويعير لانه ليس له
ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل
عقد الرهن بالتعدي قال * وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده
وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا
وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة * وان حفظه بغير من في عياله او
اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلايله في
الوديعة * واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة
على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي فلو رهنه خاتما فجعله في
خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن
بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله
في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ
وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن
ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة
جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس
خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل
بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال * واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن
وكذا اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقته تكون على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه

اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن
لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته
عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه
واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق
واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه
والقيام بمصالحه وكل ما يكون لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء
منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ
واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن
فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان كرى المأوى على الراهن بمنزلة
النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن
لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد
فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر
فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد
لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك
وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في
قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت
له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة
ومعالجة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون
والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج
مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه
لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق * وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو
متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الاخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه
امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رح انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا
وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر

والله اعلم باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز قال ٭
ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رح يجوز وله وجهان احدهما يبتني على
حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد
وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني
ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر
الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام
ولا يفضي اليه الا باستحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد
من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل
القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع
في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله
وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز
من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن
يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع
الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رح انه لا يمنع
لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية
وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة
لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبارا لملك في الابتداء لنفي الغرامة
على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في
بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ٭ ولا رهن ثمرة على
رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض
دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن
الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم
بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه
لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رح ان رهن الارض بدون الشجر جائز

وهو قوله بيانه حق المرتهن عن الدوي بالجحود

قاعدة كلية

جائز لان الشجر اسم للثابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن * ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة * ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا * ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار او الوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال * ولا يصح الرهن الا بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهي ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكها مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان

يتعذر رده لانه ان كان قايما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو
مضمون فيصح قال * والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جايزة والفرق
ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان
في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا
الى المال كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح
الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع
باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف
درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود
جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار
وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال * ويصح الرهن
براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه
الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا
ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على
ما مر قال * والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير
شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه * وان هلك الرهن بثمن الصرف
وراس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا
لدينه لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة
وحكما * وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير
مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم * ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن
يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه
رهن يكون رهنا بقيمته * ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم
فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا او سلم المبيع واخذ بالثمن
رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون
يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا واذى ثمنه له ان يحبسه

اشارة الى قوله
لانه رهنه به

بعينه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يده المشتري يهلك بقيمته قال •

ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هولاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقيين • ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن • ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون المأذون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء • ولا بالاجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون • ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رحمه الله خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا

اشارة الى قوله لانه يملك الايداع اه

بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك
في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله
وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا واصل
هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز
وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف رح لا تقع المقاصة وكذا
الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى ما فيه من حيث وجوب الضمان
واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان
الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا
العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي
من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه
وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو
قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه
الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه
الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف
الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما
واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم
جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر
لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من
الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن
ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه
اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه
لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء
ملكه فاشبه معير الرهن وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله
فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على

على امر بن جائز فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداها الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب والوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن باخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذه بدينه منه ويرجع الوصي

على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت
بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة
بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رح لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون
القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنا مكانه وفي الجامع
الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه
معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق
لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين
في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته
اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن
لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى
التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة
ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد
بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه
ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالِب ومطالَب وكذا الانسان
لا يضمن ملك نفسه فيتعذر التضمين بتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح
على ما هو المشهور لان محمدا رح فيها مع ابي حنيفة رح وفي هذا مع ابي يوسف
رح والفرق لمحمد رح انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع
الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض
القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما
اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجبر
على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه
بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان

ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه وتكون
رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رح ان شاء افتكه
ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه
لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين
بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون
مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي
فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه
ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه وتكون رهنا عنده
وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رح لانه يعتبر حالة
الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا
كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رح يضمن قيمته وتكون
رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله
مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات
ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رح
يضمن خمسة اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه
يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا
فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه
اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف
جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن
اعتبارها وفي بيان قول محمد رح نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط
والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه
جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا
على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في
صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله

يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غايبا فحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرع ما عد ولكن البايع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر رح لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رح لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان مراد الرهن

فصل * ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتها وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذا الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يفترق

بينهما لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان
احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما
جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز
وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة
واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل
الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين
حيث لا تجوز عند ابي حنيفة رحمه الله * فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل
في حق الاخر * والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان
عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال
فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الاخر لان جميع العين رهن في يد
كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين
حصته قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن
رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض
الرهن يحصل في الكل من غير شيوع * فان اقام الرجلان كل واحد منهما
البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد
منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما
بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة
واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد
منهما بالنصف لانه يودي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر
ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما وجعل
في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف
ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله
في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء
وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اره اخذ به

لفوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال • واو مات الراهن والعدل في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا ببيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رح لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشياع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم باب الرهن الذي يوضع على يد العدل قال • واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك رح لا يجوز وذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال • وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة • ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما

يقض هما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة ما الدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول العين الى المرتهن فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كانت قايمة في يده يأخذها اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل

قال * واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جايزة لانه توكيل ببيع ماله * وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي * ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيه ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا * وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره * وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال * وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف رح ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن

وفي العزل اتواء حقه

على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذى في يده الرهن ان يبيعه
والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل
يوكله غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة
للوجه الثاني هو ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه
فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه
فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا
للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف
ره ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير
وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان
رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن
لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد
الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم
فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به
لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم
استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن
المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون
المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار
ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد
في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه
باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع ايضا
لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل
بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع
عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء
من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه

احدهما انه لما شرط في عقد الرهن صار وصفا من اوصافه والثاني تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه

لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على
حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه
واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو
ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين
ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق
العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم
ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في
العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض
سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه
ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه الى الدين
كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع
على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض
فبقي الضمان على الموكل وان كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في
العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا
لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة
عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة
لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق
المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي ره وهذا يؤيد
قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات العبد المرهون في يد
المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن
لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات
بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن
بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما
بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان

على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي رح والجواب انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل منه والملك بكل ذلك متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهي والله اعلم بالصواب باب التصرف في الرهن والجناية عليه والجناية على غيره قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا • وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لاسبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني

اراد به قوله لان كلواحد منهما متعد في حقه بالتسليم

اي لفوات القدرة على التسليم اه

فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او وهب او رهن من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رح لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها اذا لعتق يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او اعتق الابق والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رح واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين موجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول

الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد دون اخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يودي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة اظهار النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبايع الا رواية عن ابي يوسف ره والمرهون يسعى لان حق البايع في الحبس اضعف لان البايع لا يملكه في الاخرة ولا يستوفى من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر ره هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيه بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق

اي فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان موجلا اخذت القيمة وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين فاذا حل اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل

المعتق ثم يسعي في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس
عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه
الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اداه من مال
المولي والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر ولهذا الدين
اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته فهالانه عوض الرهن حتي تحبس مكانه
فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين * ولو اعتق الراهن
المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه
بعد العتق ملكه * وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى
قال * وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف
والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن
هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن
حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك
قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم
خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في خمسمائة
الزيادة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم
الهلاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر
عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك
الغير * وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه
* واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه
جنس حقه * ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ
عن حق المرتهن * وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت
قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة
لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون
بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته

يوم اتلف قال • واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه
خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن • فان هلك في يد الراهن
هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون • وللمرتهن ان يسترجعه الى يده
لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن
قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان
يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى
ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك • واذا بقي
عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته
• وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلناه ولكل
واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف
الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشر احدهما باذن الآخر حيث يخرج
عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ • ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون
المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به
حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا • واذا استعار المرتهن
الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن
لبقاء يد الرهن • وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية
• ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي
مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان • وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه
• ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه
متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو
ايفاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل
زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة
فيها لا تفضي الى المنازعة • ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه
ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه

اي لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن

اي من مخالفة يد الرهن يد العارية

اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك
ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد
لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ *
واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه
وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء
ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق
* وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر
فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله
لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب
للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه * وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين
بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه * وان كانت قيمته اقل
من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء
بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو كانت
قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى
دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن
بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع
اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله
ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان
عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك
فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين * ولو
اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله
فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه
كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود
المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية

أي في استحقاق الرهن قبل هذا الباب

وهو قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وقوله لما بيناه راجع الى هذا ايضا

الرهن باستيفائه من المرتهن كملا مثله ببراءة ذمته عنه ولو كانت العاريه عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد الرهن ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال * وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان

لانه جناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال

ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رح هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك

بتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول
لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بماية لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا
المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف
ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي
الى الربوا قال . وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بماية قبض المائة قضاء
من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده
وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى
كذا هذا قال * وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وقال محمد ره هو بالخيار ان شاء افتكه
بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر ره يصير
رهنا بماية له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر
العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ره ان العبد الثاني قائم مقام
الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين
عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد ره في الخيار ان المرهون
تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا
قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر
في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر ره وعين
الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين
حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع
وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره
حتى صار يساوي ماية ثم قتله عبد يساوي ماية فدفع به فهو على هذا الخلاف
واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطاء فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع
لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على
الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو

من الحجة عليه وهو ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس

• ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك
في الرقبة قايم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء
يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار
الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك
ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ما
ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء
في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط
شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما
ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي
لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين
الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء
وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم
على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء
ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن
لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين
العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى
رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان
لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن
ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك
يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده
لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله • وان كانت قيمة العبد الفين
وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا لان النصف منه مضمون والنصف
امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن • فان اجمعا
على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الجناية من المرتهن

وفي نسخة قوله لان العبد كالحاصل له بغير العوض كان على المرتهن

لما بيناه وانما منه الرضى به * فان تشاحا فالقول لمن قال أنا افدى لانه ان كان أو مرتهنا اما المرتهن فلانه فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية والد الرهن اذا قال المرتهن انا افدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن وكان له ان يفدى واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره * ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره [illegible] طب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى * ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا * ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء فكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي * ولو كان المرتهن ابى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غايبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رح المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غايبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال * واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قايم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصيه * وان لم يكن وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي

قوله لما بيناه اراد به قوله لانه لا يملك التمليك

انه لا يملك التمليك

ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره * وان كان على الميت دين
فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه
لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى
دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع لوصول حقهم اليهم * ولو لم يكن
للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي * ويباع في دينه لانه يباع
فيه قبل الرهن فكذا بعده * واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه
استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها
في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

* ومن رهن عصيرا بعشرة
قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون
محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا
للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض
يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب
ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما
فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه
بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث
لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود
اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة
البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر
واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن
حق لازم فيسري اليه * فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها
مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها
وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن
يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة
تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد

وفي الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر

المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصوداً وما اصاب النماء انفكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذه الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات * ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك * فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضموناً عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال * وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رح ولا يصير الرهن رهناً به وقال ابو يوسف رح تجوز الزيادة في الدين ايضاً وقال زفر والشافعي رح لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف رح في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية

ای يكون مقصوداً بالفكاك

اي في الفصل الذي ذكره في باب المرابحة والتولية

فهدية يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى
لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاصل يوم القبض الفا والدين الفا
يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتها في
وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل
واحد منهما وقت القبض • واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع
الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد
عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام • ولو كانت
الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم
القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام
فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف مكان
الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله
مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج
عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل
الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل
الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد
امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر الف جياد
فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد
امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع
كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن
عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ
المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء
استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم
الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهة لسقوطه
الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم تبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت

اي في صدر
كتاب الرهن في
تعليل ان تمام
الرهن بالقبض .

المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على مهرها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او بما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم الاية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك

ذلك فانه الا ان يعفوا او و لياء او رضيا بعفو لان الحق لهم ثم هو واجب عينا في النفس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضات القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب والمروي من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا تعينها لدفع الا على ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لانه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ

وهو قوله تعالى كتب عليكم القصاص الخ وقوله عمد القود

وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلظة
وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى * ويتعلق به حرمان الميراث
لانه جزاء القتل والشبهة توثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك
رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطأ على نوعين
خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا
هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك
الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة
الى اهله الاية وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في
الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك
العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يوذن باعتبار
هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا
تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب
القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد
قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم
الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه
وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه
فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية * ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث
وقال الشافعي رحمه الله يلحق بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل
معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل
وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب
القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها
لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الالة وما سواها لا يختص اتلافه بالة دون آلة
والله اعلم باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه قال القصاص واجب بقتل
كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم

للقود ولا نسلم ان السراية نوع من القطع وان السراية صفة له بل السراية قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو من الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ وقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذن يدل على اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال * واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه * واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تتقاصان ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال * ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بينا وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه

اراد به قوله لانه هو الموجب للعمد

وهو قوله لانه هو الموجب للعمد

لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط
القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة
مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح
مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت
والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه
محاباة فتكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع
عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية
لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط
ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان
العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين * قال * ومن
قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين
ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب
سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن ابي يوسف
رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن
نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود
فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به * قال * ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله
ثم عفا وقد قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند
ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق
اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برئ
وما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له
قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب
في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص

... بعد الاستيفاء او العفو او الاعتياض
لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى
لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق
بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على هذا الخلاف واذا قطع
ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح
والاصابع وان كانت تابعة فيما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف
لانها تابعة للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه
ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن
لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد
باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ
والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا
وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحياة في
مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف
ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا
كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي
وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب
الاطلاق فاشبه الاصطياد باب الشهادة في القتل قال
ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم
الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم
يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما في الخلافية
ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه
فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون
للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما
عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه تثبت

بعد الموت والمـ ... له بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه

قال * فان كانت الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية ومعناه اذا كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال * واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال * واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان

لان الثاني عمد والاول شبه العمد [illegible] فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال * وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واولو كذبهم في نفي العلم ظاهرا وردها باطلا فه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا تلزم العاقلة قال * واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل وشهد آخرون على اخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار باب [illegible] في اعتبار حالة القتل قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية * ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا

وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمى وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ماقبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمى لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شي اوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شي لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رح وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شي على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها * واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يوكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده * ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلاشي عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال * وكفارته عتق رقبة مومنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الاية * فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص * ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور

كل المذكور على ما عرف * ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزي ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه وديته عند ابي حنيفة وابي يوسف رح مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وعن عمر وزيد رض ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عم في نفس المومن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ وابن مسعود رض قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رض وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطي معذور غير ان عند الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه قال * ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الف لما روى ابن عباس رض الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتاويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك فلي ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة

ه اي في اصول الفقه

ه وهو قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة اه

ه وهو اقامة بنت مكان ابن لبون

ه وهو رواية ابن مسعود رض

عند ابي حنيفة ره وقالا منه اومن البقر ما تا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مايتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشي معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مايتي حلة او مايتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال * ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على رضه ومرفوعا الى النبي عم وقال الشافعي ره ما دون الثلث لا يتنصف واما مه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي ره دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك ره دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ره ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية النصراني واليهودي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي ره لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال * في النفس الدية وقد ذكرناه قال * وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عم لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال الجمال مقصودا في

في الادمي على الكمال بجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لايزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الالة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال * وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال * وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال * وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رح تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رح انه يجب كمال القيمة

لانه ازال الجمال اه

اشارة الى قوله لانه يفوت به منفعة الجمال

والتخريج على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر فان * وفي الشارب حكومة عدل وهو الاصح لانه تابع اللحية فصار كبعض اطرافها * ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه * وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال * وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل * وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رضي الله عنه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا * وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته * وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطا على هذا الجمهور * وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال * وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام وقال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال * وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة * وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال * وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن * وفي احديهما نصفها لما بينا * قال * وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد رحمه

اشارة الى قوله وقال مالك وهو قول الشافعي رحمه

ره في الاصل تسمعا ويرى كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا لو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال • والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر اصابع فتقسم الدية عليها اعشارا قال • وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال • وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال • ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة • ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدب لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج قال • الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله

والتخريج على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال * وفي الشارب حكومة عدل وهو الاصح لانه تابع اللحية فصار كبعض اطرافها * ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه * وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال * وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل * وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا * وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته * وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطا على هذا الجمهور * وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال * وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام وقال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال * وفي ثدي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة * وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال * وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن * وفي احديهما نصفها لما بينا قال * وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد

قوله هو رد

رد في الاصل للشعر وهو كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير ومنه لانه يفوت
به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى
عن العين لانه يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي
اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون
مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة
لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع
اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل
ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية
عليها قال • والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة
فلا يعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت
بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر اصابع فتنقسم الدية
عليها اعشارا قال • وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث دية
الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية
اليد على الاصابع قال • وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في
حديث ابي موسى رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس
سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان
كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان
خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال • ومن ضرب عضوا فاذهب
منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان
المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة • ومن ضرب صلب غيره فانقطع
ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت الجمال على
الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال • الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص
الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله

كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد وتقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والامة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان تنتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة ره وقال محمد ره في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال * وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز ره قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الامة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة ويروى المامومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد ره انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال

الدم على التابيد [illegible] ويقتل الحر بالحر
والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر
٦ بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى
القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف
الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر
لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين
او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة
الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال • والمسلم بالذمي خلافا
للشافعي رح له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما
وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عم قتل مسلما
بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب
دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه
ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال • ولا يقتل بالمستامن لانه غير محقون
الدم على التابيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع •
ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا • ويقتل المستامن بالمستامن قياسا للمساواة
ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح • ويقتل الرجل بالمراة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى
والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت
فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال • ولا يقتل الرجل
بابنه لقوله عم لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رح في قوله
يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا
لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص
يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء وان علا
في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت ام بعدت
لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال • ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره

انه ليس محقون
الدم على
التابيد

اشارة الى قوله
لانه سبب
احيائه

ولا بمكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص فكذا ولده
عليه * وكذا اذا قتل عبدا ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال *
ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص
الا بالسيف وقال الشافعي ره يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا
فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عم لا قود
الا بالسيف والمراد به السلاح لان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل
المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال * واذا قتل
المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة ره
وابي يوسف ره وقال محمد ره لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء
فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه
الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا
هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم
متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى
به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح * ولو ترك وفاء
وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له
الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف
بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف
الاولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص
للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق
البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل
عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن
لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما
ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية
على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه

لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت
يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه اشارة الى قوله
ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح لانه من الولاية
من النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل على النفس
وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس
بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود
من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص
لان المقصود التشفي وهو يختص به ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه
لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء
في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان
يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس
كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة
المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له
يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار
وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى
يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي
وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان
بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولبين وله انه حق لا يتجزى لثبوته
بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل
واحد كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب
ثابت ومسئلة المولبين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه
بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا
اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد
فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا منه للآلة وهو الحديد

وعنه انما تجب ... هو الاصح على مانبينه انشاء الله تعالى او كلى هذا الضرب لسنحاقة الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة ره على مانبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي ره وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الاان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية

قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة ره وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي ره غيران عنده هما يستوفي جزاو عنده بغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الالة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولامراء في العصمة وله قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الالة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والغرق والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ٭

ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه ٭ قال واذا التقى صفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطاء بنوعيه لا يوجب القود

اشارة الى قوله يفعل ما فعل انكان فعلا مشروعا

اي وجوب الدية على العاقلة

وهو قوله او يظنه حربيا فاذا هو مسلم

للمومن لا تجب الكفارة وكذا الدية على مانطق به الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رض قضى رسول الله عم بالدية قالوا انما تجب الدية اذ كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عم من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يوثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد ره يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف ره يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا اخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم

فصـــــــــــــــل * ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد ابطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد ره في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال * وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي ره لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف ره

اشارة الى ما ذكرنا من الحديث والمعقول

إنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رح ان قتله دافعا عن نفسه معتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف رح ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا العصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال * ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الاخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال * ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عم قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

قال * ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ومالا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال * ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو ماثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال * وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن * وان كان سن من يقتص منه اكبر

أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال • وفي كل شجة
تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال • ولا قصاص في عظم إلا في السن
وهذا اللفظ مروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه وقال
عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولأن اعتبار المماثلة في
غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد
ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان قال • وليس فيما دون النفس شبه
عمد إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة والقتل هو الذي يختلف
باختلافها دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق إلا العمد
والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين
العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد ومعتبر
الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال
فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن
اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف
الأنفس لأن المتلف إزهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الأطراف
بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الأرش قال • ومن قطع يد رجل
من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لأنه لا يمكن اعتبار
المماثلة فيه إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني
إلى الهلاك ظاهرا قال • وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة
الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ
الأرش كاملا لأن استيفاء الحق كاملا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه وله
أن يعدل إلى العوض كالمثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الإتلاف ثم إذا
استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد
ولو سقطت المؤوفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت بغير حق ظلما فلا شيء له
عندنا لأن حقه متعين في القصاص وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط

بعفواته بخلاف ما اذا [illegible] من قصاص او سرقة حيث [illegible]
الارش لانه ارش [illegible] حقا مستحقا فصارت مالية له معنى قال • ومن شج رجلا
فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج
بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدي من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ
الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي
استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه
قدر ما لحق المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه
يتخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت
الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا يبلغ الى قفاء الشاج فهو
بالخيار لان المعنى لا يختلف قال • ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر
وعن ابي يوسف رح انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا
انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تنقطع الحشفة لان موضع
القطع معلوم كالمفصل • ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه
لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض
ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع
يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصـــــل

قال • واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص
ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله فمن عفي له من اخيه شيء الاية على ما قيل
نزلت الاية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله
اعلم الاخذ بالرضاء على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري
فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل
فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض
الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال
واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانه [illegible]

طوعي القتل
العدول عن
القصاص الا بوضا
القاتل

لانه مال وجب بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا
بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان
لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفى احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه
على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل
هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين
لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه
عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه
حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان
القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت
حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت
للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة
سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما
اذا قتل رجلين وعفى احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة
لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب
نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من
المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين
وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين فعفى احدهما لان الواجب
نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله
مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو
في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا
عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء
لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب
تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل
لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق

الباقين وقال الشافعي ره يقتل بالاول منهم ويجب لهما قبن المال وان اجتمعوا
ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل
لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه
قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع
ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول
اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح
للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي
لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال * ومن وجب عليه القصاص
اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتاتى
فيه خلاف الشافعي رة اذ الواجب احدهما عنده قال * واذا قطع رجلان يد رجل
واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رة يقطع
يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر والها
ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزي
فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق
لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع
اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث
قال * وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد
يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين
سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي ره في التعاقب يقطع بالاول
وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني
كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا
انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة
والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو

فحضور احدهما لا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحبس يثبت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللاخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الاخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال * واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رح لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى اخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر ا

عمدا كلية

اولان الجز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر امن شخصين يجب التوزيع
على الجار فسار كشلل البرء بخلاف ما اذا قطع وبرى الان الفعل واحد
وبخلاف ما اذا كانا خطأ بن لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار
السبا و الاولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل و ذلك بالجز القاطع
للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع
والقتل فهما صا يجتمعان قال * ومن ضرب رجلا ماية سوط فبرأ من تسعين
ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش
وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت
ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة ره وعن ابي يوسف ره في مثله حكم عدل
وعن محمد ره انه تجب اجرة الطبيب * وان ضرب رجلا ماية سوط وجرحته
وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر
في النفس قال * ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات
من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم
مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا
فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو
عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرى الى النفس
ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل
اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول
الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا
عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان
قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا
عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن
نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد
الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود

وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروي عن ابي يوسف رة وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لاجناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رة حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رة ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رة ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصــــل * وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر * فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها * وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رة وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان

وهو ما ذكر في فصل وفيما دون النفس من قوله عم في كل اصبع عشر من الابل

ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة اه

الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال * وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب * ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال * وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة * وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي ره تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال * وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال * ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما لو اوضحه فمات

اشارة الى قوله لانه جزء من يده

قال وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلق بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا قال * وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف ره ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال * وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة ره قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل واسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله * ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على

قوله ان ... وات يبطل ... يع الاعضاء

الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا او ان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا
قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد وزفر
والحسن ره يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد
ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة
فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما
في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل
لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد ره على هذه الرواية ان سراية ما يجب
فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس
وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى
ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى
النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة • ولو كسر بعض السن
فسقطت فلا قصاص الا على رواية بن سماعة ره ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا
فهو على الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش
في قول ابي حنيفة ره وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث
نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع
سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة
وعن ابي يوسف ره انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره
فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا
مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود • وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها
لا تعود الى ما كانت عليه • ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن
النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمس مائة درهم لانه تبين انه
استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى
فانعدمت الجناية ولهذا يستأني حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر
الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول

وهو مسئلة الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه اه

قاعدة كلية

بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال * ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأني حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك فيوثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فيما سقط بضربه فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف ره انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة ره لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف ره عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد ره عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة ره يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال * ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال * ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال * ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه

ه وهو قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه

حتى يبرأ وقال الشافعي ره يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس
وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات
سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير
معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال
• وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب
بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث
وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء
فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في
البيع قال • واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال
قاعدة كلية — الشافعي ره تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل
للتخفيف في الخاطي وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه
وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون
مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الادمي بالمال
لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل
عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا
وهو قوله عم لا تعقل العاقلة عمدا اه — • وكل جناية اعترف بها الجاني فهو في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا
ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة
قال • وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية
موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي ره عمده عمد حتى
تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه
احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الاخر وهو الوجوب في ماله
ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده
وخطأه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى

حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم فصل في الجنين • واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس فلهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندى من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل مادون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي ره في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن ره انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القت حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا

وهو قوله عم في الجنين غرة عبد او امة

بالضرب السابق وان ألقت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة
بالقائها وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة * وان ماتت الام
من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية
في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية في الام
ولا شيء في الجنين وقال الشافعي ره تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته
بالضرب فصار كما اذا ألقته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه
يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال * وما يجب
في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى
لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها
لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال * وفي جنين الامة اذا كان
ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي ره فيه
عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل
ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به
في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف ره يجب ضمان
النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق
ضمان مال عنده على ما نذكر ان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على اصله * فان
ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب
الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق
فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي
فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد ره تجب
قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية
على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند
الشافعي ره تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها
معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل

كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له و يستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم باب

وهو قوله عم في الجنين غرة

ما يحدثه الرجل في الطريق قال • ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك • قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم • وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال • واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة او عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه • وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه •

وهو الكنيف والميزاب والجرصن

*وان اصابته ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولاضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة * ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال * ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيا يضمنه لانه متعد فيه * ولو حركته الريح الى موضع اخر ثم احرق شيا لم يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم * وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضا لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان الكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن * ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه * فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على

على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الامر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر

قال * ومن حفر بيرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله * ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع اخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة * وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا لو حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح * ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر

اي من اول الباب الى هنا من اخراج الكنيف او الجرصن او الميزاب وغيرها الى الطريق الاعظم

عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبير وقال محمد رح هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هنالك يضمن المامور ويرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فترجح جانبه وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم * وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل قنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد هو تسبيب والثاني تعد هو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل

لحامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رہ انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال * واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رہ وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رہ وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله قال * وان جلس فيه رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رہ وقالا لا يضمن على كل حال * ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم او للصلاة * او نام فيه في اثناء الصلاة او نام في غير الصلاة او مر فيه مارا وقعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلاة ولان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله ان المسجد بني للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره * وان جلس رجل من غير

العشيرة فيه في الصلاة فعفل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلاة وامر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده فصـــــــــــل في الحائط المايل قال • واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ماتلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعلــه فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليــه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة مالو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم توجب عليــه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطاء فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يودي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من الاثبات عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي قال • ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدا بتداء كما في اشراع الجناح قال • وتقبل شهادة رجلين او رجل وامراتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك

الشرك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لابد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي كان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المر ورفيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري بريء من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ماذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والاصل ان يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عتق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط

قاعدة كلية

الحايط المايل على اقد ار بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمن لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه • وان عطب بالنفس ضمن لان التفريغ اليه اذ النفض ملكه والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحايط فسقطت بسقوطه وهو ملكه ضمنه لان التفريغ اليه • وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها • واذا كان الحايط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بيرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الاخرين او بنى حايطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهس الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

اي في فصل الحايط المايل المشترك بين خمسة وفي فصل دار بين ثلثة نفر

باب

جناية البهيمة والجناية عليها الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب

قاعدة كلية

والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على اللجام فلا يتقيد به • فان اوقفها

في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكن التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه

عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه • وان اصابت

بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد

ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه

اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما

ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف

فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات

السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل

ذلك الا بالايقاف • وان اوقفها لغير ذلك فعطب به انسان بروثها او بولها ضمن

لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة

من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به • والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها

والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا

ذكره القدوري ره في مختصره واليه مال بعض المشايخ ره ووجهه ان النفحة

بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه

التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس

على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها

وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح قال الشافعي ره يضمنون النفحة كلهم لان فعلها

مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله ع م الرجل جبار معناه النفحة بالرجل

وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع

الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما

شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن

الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطئته الدابة بيدها او برجلها

ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه

اي في موجب الجناية

وهو قوله وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه

لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السابق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسابق قيل لا يضمن السابق ما وطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسابق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال • واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الاخر وقال زفر والشافعي رح يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الاخر يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لان بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بيرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبير ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فياخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد

ف بثقله وثقل الدابة

من الدليل المذكور وهو قوله ان الموت مضاف اه

ومحمد رحمه الله تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا فيعد القيمة فاخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف • وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولى المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر سقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال • ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ

فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله • وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل • اما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه • فان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون

اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قرار الضمان على الراكب اما اذا ربط ولا بل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه
قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال • ومن
ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها يضمنه لان الفعل انتقل اليه
بواسطة السوق قال • ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق
بين بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود
السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله
الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة
في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة
الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع
ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف رح انه
اوجب الضمان في هذا كله احتياطا صيانة لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر
في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل
ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة
او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت
ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد
لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود
المرسل فيقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا
في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق
تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف
التعدي قال • ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان
مالت يمينا او شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت وهو انه انقطع حكم الارسال
مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء
جبار وقال محمد رح هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب
النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان

لان المقصود اللحم فلا يعتبر الا النقصان * وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الادمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه يشبه الماكولات فعملنا بالشبهين فيشبه الادمي في ايجاب الربع ويشبه الاخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدها قال * ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا قال * وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه * وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة قال * ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر قال * ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت

في فورها الذي نخسها الان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطي فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطي وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بير حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال * ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سايق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مواخذان بافعالهما * ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته

ثم يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال * فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل * وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا في الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال * فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم تكن وهذا ابتداء جناية قال فان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لم يمنع تعلق

بقوله ولهذا يسقط الموجب بموت العبد الخ

الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة تقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم * وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال * فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسها مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى

وهو قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية

المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزء منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال • ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر رح لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاق وعتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبيد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى

ان المال غيــر واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطى المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا أعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فان العبد صلح بالجناية الى اخر ماذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ماذكرههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصير العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد الماذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها الى الولي

يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم

وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده

المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال * واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال * واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الاخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي الشي القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده

اراد به قوله لانه منكر للزمان

الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان قال • واذا امر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطأه سواء على ما بينا من قبل ولا شئ على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الامر ابدا ويرجعون على العبد الامر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الامر عبدا او المامور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال • واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الاخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف • فان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لولي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة الاف وحق احد ولي العمد في نصفها خمسة الاف ولا تضايق في الفداء فتجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم

اي قبل فصل الجنين

الهيبة اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ و ثلثه لغير العافي من و ليي العمد عند ابي حنيفة ره
وقال يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما
بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين
في النصف الاخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة
اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل
وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال • واذا
كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اى قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند
ابي حنيفة ره وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية وفي بعض
النسخ فقتل وليا لهما او المراد القريب ايضا وذكر في بعض النسخ قول محمد ره مع
ابي حنيفة ره وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك
كله عند ابي حنيفة و محمد ره و عند ابي يوسف ره الجواب فيه كالجواب في مسئلة
الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف ره في المسئلتين ان حق القصاص
ثبت في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا
عفا احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع في الكل فيكون
نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى
لا يستوجب على عبده ما لا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف
هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من
المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه
ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على
عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه هكذا في بعض النسخ وشرح عليها صاحب
غاية البيان فصل ومن قتل عبدا خطأ
فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف
درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على
الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة و محمد ره وقال ابو يوسف .

والشافعي رح تجب قيمته بالغة مابلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاءه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال * وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وان لم يكن اقتص منه وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل

وهو لا تبلغ قيمته العبد دية الحر وتنقص منها عشرة دراهم

لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد ره في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه في من له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد ره يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد ره في الثاني

* ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء

في حقهمـــا وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فايدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة ره وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي ره يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفايت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قايمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمـة الكل فوجب ان يتملك الجثـة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى الماليـة وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدي العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في ساير الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيـه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع والفداء وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة

أي ان شـاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته

ا جنه بومرناعلى الشبهين حظهما من الحكم فيستبــــــل في جناية المدبر
وام الولد قال واذاجنى المدبر اوام الولدجناية ضمن المولى الاقل من قيمته
ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على
مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير
اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب
الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارض
ولا منع من المولي في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيدة
في جنس واحد لاختيار الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة
في الاعيان فتفيد التخيير بين الدفع والفداء • وجنايات المدبر وان توالت
لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع
القيمـــة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها
وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق
قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء
عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولي دفع القيمة بغير قضاء فالولى
بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد
دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رح ان المولى جان
بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير
وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة
حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في
حق التضمين لابطاله ما تعلق بـــه من حق ولي الثانيــــة عملا بالشبهين
قال واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمـــة واحدة لان
الضمان انما وجب عليـــه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة
• وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير

واذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق اولم يعتق لان موجب جنايته الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال * ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال * واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال * ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها وتكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال * ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاولى في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى

فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد قال * ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول و يرجع به على الغاصب وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين و يرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال * ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال * ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رح ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال * ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين

وهو قول زفر والشافعي رح لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال * واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رح يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثنى عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رح انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة ثبتت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعه فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه

لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره قال هو ان استهلك مالا ضمن
يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها
في حقوق العباد والله اعلم باب القسامة واذا وجد القتيل في محلة
ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه
ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين
يمينا ويقضي لهم بالدية على المدعا عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال
مالك رح يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي
رح واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد
للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة
قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين
بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رح في البداية بيمين
الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين
تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر
شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير
ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا اوجبت
الدية ولنا قوله صلعم البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على
المدعا عليه وروى ابن المسيب رح ان النبي عم بدا باليهود بالقسامة وجعل الدية
عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق
وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى
ان لا يستحق به النفس المحترم وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين
الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل
او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل
وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على
العالم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز

لانه يمين وليس بشهادة قال * فاذا احلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي ره لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبدالله بن سهل رضي الله عنه تبريكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعا عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوي ولنا ان النبي عم جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث زياد ابن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عم تبريكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البرأة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في الخطأ * ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعا عليه وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعا عليه على قتله يمينا واحدا ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعا عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراءه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النص ومع

النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى
على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع
ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلفه يمينا واحدة لانه
ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى
في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب
الدعوى قال • وان لم تكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم
خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة
واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية
وعن شريح والنخعي رضي الله عنهما مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة
فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة
ثم فيها استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم
فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال • ولا قسامة على صبي
ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول صحيح قال ولا امرأة
ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها قال • وان وجد ميتا
لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت
حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد
والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به
على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج
الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف
ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة
بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف
البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد
نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله
او راسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن

الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا
ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان
بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال قاعدة كلية
لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي
لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه والصلاة الجنازة في هذا
تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس
به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر
الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق
ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال * واذا
وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه
في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم
لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان مرت دابة بين
قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل
وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في
القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد
القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان
بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة
وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده
والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم * قال ولا تدخل السكان في
القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح هو عليهم
جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام
جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص
بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية
التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عم اقرهم على

على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال فهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال • وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا • وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم اوخلصت لهم لزوال من يتقدمهم اويزاحمهم • وان وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار تكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال • فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال • ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة

على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يفتقر على الحفظ باليد دون الملك ولا يفتقر بالملك بدون اليد وفي الباب اليد للبايع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون الباب ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبايع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال • ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العاقلة عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال • وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها المالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف رح ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال • وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم • وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف رح تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين • ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف رح الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود

يعود اليهم غرمه يرجع عليهم قالوا وهذه قرية الماء الذي الساكن وهي مختلف
فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف رح وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر
وتفسير القرب ماذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة
لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة
لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته * وان وجد بين قريتين
كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر
لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطي فهو على اقرب
القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع
فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقرب منه الا ترى انهم يستقون
منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة
لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال
* وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم
وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال * وان ادعى على واحد
من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب
القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لاينافي ابتداء الامر
لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم
وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على
يد الظالم لان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى
الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه
قال * واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل
بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل
منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت برأة اهل
المحلة عن القسامة قال * ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد
الدعوى لا يثبت الحق للمدعي لما رويناه اما يسقط به الحق عن اهل

اي في مسئله
وان مرت دابة
بين قريتين
وعليها اه

وهو قوله
ولو ادعى على
البعض باعيانهم
انه قتله اه

اي في اوائل
باب القسامة
وهو قوله عم
لو اعطي الناس
بدعواهم الا

المحلة لان قول [illegible] على [illegible] ولو وجد قتيل في معسكر [illegible]
من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها
الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد
عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة
ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه
وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة ره
خلافا لابي يوسف ره وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله
ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه
بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى
عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل
المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة ره
وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى
الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة
وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم
وان خرجوا من جملة الخصومة كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد
قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس
قال ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه
لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها
عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف ره ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا
يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة
فحمل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة
والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ره لا قسامة ولا دية
لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس فلا قسامة فيه نصار كما اذا
لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص

اشارة الى ما ذكر من الفرق وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم اه

القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن [illegible] ان يكون الموت
من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جرح به رمق حمله انسان الى
اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف ره
وفي قياس قول ابي حنيفة ره يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده مجروحا في يده
كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد
الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة ره وقال
ابو يوسف ومحمد وزفر ره لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح
فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور
القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل
الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار
نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل
نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما
مذبوحا قال ابو يوسف ره يضمن الاخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل
انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف ره
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل
في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد ره القسامة
عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب
وقال ابو يوسف ره القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على
من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما
ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتاخرون ان المرأة
تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك
العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب
الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل
القرية كتاب المعاقل المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى

الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك قال • والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستيصاله فتصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرون في تركهم مراقبته فخصوا به قال • والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رح الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت

بمعنى الدليل

خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على مانبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطائه في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ٭ ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال ٭ يقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رح في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رح على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يوخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال ٭ وان لم تكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم

اي لحصول المقصود

اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا خربهم امر الاقرب فالاقرب
ويفوض ذلك الي الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي ره
يجب علي كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبره بالزكاة
وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة
منهما الا ترى انه لا تؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا الزيادة
التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضي بالدية في ارزاقهم
في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قايم مقامه
اذ كل ذلك منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج
في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج
في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج
في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتي يكون المستوفى في كل
سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر
بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت
الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق
لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قايمين
بالنصرة فيتيسر عليهم قال ✱ وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى
كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال [illegible]
لا يجب علي القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي [illegible]
كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب [illegible]
الخاطي معذور فالبرئ عنه اولي قال الله تعالى ولا تزر وازرة [illegible]
✱ وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول [illegible] عمر رض
لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب علي اهل النصرة لتركهم
مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف
عن النصرة وهو الجزية وعلي هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من

[illegible] وولو كان [illegible] اخرى

من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه
احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذه الابوّ خذ فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة
لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن * ولا يعقل اهل مصر
عن مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان
عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من مصر
آخر * ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم
اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في
النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه
يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر
معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد
الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل
المعاقل * ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل
البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط
ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون
عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل
المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب
اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب
عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة
لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة * ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن
له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له
فيه كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينتصر بهم *
وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته
على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لاسيما
في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن

لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما
في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة
ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب
قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون
عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم
عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم
لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا
كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا
عن ابي يوسف رح لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء
فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته
من اهل البصرة وقال زفر رح يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية
عن ابي يوسف رح لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة
وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب
هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته
واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء
لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من
عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت
العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في
النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به
عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه
بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على
اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنه وكذا البدوي اذا
ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان
وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم

قوم من اهل البادية قضى بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى دراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال * وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال * ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رح وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية رح تتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال * وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رح او التسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما رويناه وبما روى انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال * ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال * الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرتفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه

بمعنى الدية

بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى لان التاجيل من القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال * واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت * وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تخفيفا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل * وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب * فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد

يؤدّ كتابته حتى جني ابنه وعقل عنه قوم امه لم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فيتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الامر وعلى عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه هٰهنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى لها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده لا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال • الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باملِه مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف الممات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين

وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة
وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم
في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث
احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة
لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه انشاء الله تعالى قال • ولا تجوز بما زاد
على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه
الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا
لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به
الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على
ما بيناه واظهره في حق الورثة لانه الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما
يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء الحديث الحيف في الوصية من اكبر
الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها
الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه • ولا معتبر
باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان
لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم
ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن
الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت
وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا
ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث
واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما اجاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل
الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب
صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن
اذا اجاز بيع الراهن قال • ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا
لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية

الوصية كما يحرم الميراث [illegible] نحو القاتل وعلى هذا الخلاف
اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة
عليه في الفصلين ما قلنا • ولو اجازتها الورثة [illegible] عند ابي [illegible] ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع [illegible]
لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم [illegible]
للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى
اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي
تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا
او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت
وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية
لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه
تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال • الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا
الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم • ولو اجاز بعض ورد
بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد • ويجوز ان
يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين
لم يقاتلوكم في الدين الاية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في
المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات
وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله
عن الذين قاتلوكم في الدين الاية قال • وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى
له في حال حياته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه
به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال • ويستحب ان يوصي الانسان
بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب
بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة
ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون

بما يوثرون فالترك اذا اولى لما تبه من ... صدقة على القريب وقد قال ... السلام
افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعاً
وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على
الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى
وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة
فيخير بين الخيرين قال والموصي به يملك بالقبول خلافا لزفر ره وهو احد
قولى الشافعي ره هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه
انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية
اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصي له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها هذه
الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال * الا في مسئلة واحدة
وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصي له قبل القبول فيدخل الموصي به
في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف
على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البايع وجه الاستحسان
ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته
انما توقفت لحق الموصي له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه
الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال * ومن اوصى وعليه دين يحيط
بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه
فرض والوصية تبرع وابدا يبدا بالاهم * الا ان تبرء الغرماء لانه لم يبق الدين
فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال * ولا تصح وصية الصبي
وقال الشافعي ره تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية
يفاع او يافع وهو الذى راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه لنيل الزلفى
ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله
غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد

العهد بالحلم مجازا او كانت وصية في تجهيزه وا[redacted] وذلك جائز عندنا

وهو محرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم اتفاق الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلثي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال • ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة ره لا تصح وعندهما تصح ردها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيهما معروف عرف في موضعه قال • ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال • ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه

قاعدة كلية

اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققنا في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال • واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل

على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح
فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة
ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي
كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة
في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق
يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها
والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه
حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها
لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما
اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا
في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى
حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا قاعدة كلية
لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال • وان جحد
الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان
الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا
ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان
ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود
النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون رجوعا
لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب
المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير
الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط • ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان
فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به
لرجل ثم اوصى به لاخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو

فهو لفلان وارثي بكون رجوعا عن الاول لما بينا [illegible] للوارثة
وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها
لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول
ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان
الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم باب
الوصية بثلث المال • ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم
تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا تزاد عليه عند عدم
الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق
والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس
فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما
فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار
الثلث ثلاثة اسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما
بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة اسهم
عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة رحمه الله للموصى له
بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية
ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة
ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير
المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فبطل اصلا والتفضيل
يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف
مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة
فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف
ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان
احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل
انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة

وهو ان الورثة بالخيار ان شاءوا اجازوا وان شاءوا ردوا

تنفذ لما نفذ [illegible] ولم يكن منه الا اثبات ما [illegible] به حق الورثة قال واذا اوصى
بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصي بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول
بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب
الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح تجوز في الاول
ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال • ومن اوصى بسهم
من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس
ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا له مثل نصيب احد الورثة
ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام
الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد
على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله
ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه
الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال
السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة
فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال • ولو اوصى
بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير
غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان
• ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث
مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس
مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس
واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيدت يراد بالثاني
عين الاول هو المعهود في اللغة قال • ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه
فهلك ثلثاه وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي
وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى
ما توي منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة

ي انه وصية بمال الغير

اي الاقل من سهام الورثة ومن السدس

مختلفة ولنا أن في الجنس الواحد يمكن [illegible] الواحد ولهذا يجري
فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعنا ما في الواحد الباقي
وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها
جبرا فكذا تقدما قال • ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج
من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا
هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة
الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة
• ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا
الدور المختلفة وقيل هذا على قول ابي حنيفة ره وحده لانه لا يرى الجبر على
القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع بدون ذلك
يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال • ومن اوصى لرجل بالف درهم دليل
وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه
امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه
ثلث العين وكل ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى
له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا
على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء
فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت
فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها
كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف ره انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث
لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف
ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان
قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية
هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا يرى ان من
قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان

وسكت لم يستحق الثلث قال • ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب ما لا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا • ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل قال الوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كان بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت • ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطي قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها • وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية • ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال • ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وعن محمد ره انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة لمحمد ره ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث ولو

لان الوصية عقد استخلاف اه

ولو اوصي بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عند هما وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصي للمساكين له صرفه الي مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الي مسكينين بناء على ما بيناه

• ومن اوصى لرجل بماية درهم ولاخر بماية ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل ماية لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل لما قلناه اذ اتحد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا ماية بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع ماية ولاخر بماتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال • ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته • فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال • وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شايعا

اراد به قوله ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان

في الثلث بيقين فيؤخذ اصحاب [illegible] بثلث ما اقروا وما لورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ماجرى بينه وبين غيره
قال * ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال * ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم [illegible] ثة الثوبين الباقيين فان سلموا زوال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء

الردي الجيد والردي الا على فيعطي من محل الوصية ثلثا الجيد و ثلثا الاعلى لم يبق الا ثلث الجيد و ثلث الردي فيتعين حق صاحب الوصف فيه بعينه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانهما تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد ره نصفه للموصى له * وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وقال محمد ره مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول وتوقف الثاني وهو وان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا تجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه اولان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك * وان وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير اولانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة

باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق والمعنى ثم
اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم
نصيبه بين الموصي له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصي
له وهذا عند محمد ره فيضرب الموصي له بخمسة اذرع نصف البيت وهم
بضرب الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير
عشرة وعنده هذا يقسم على احد عشر سهما لان الموصي له يضرب بالعشرة
وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصي له سهمان ولهم تسعة
ولوكان مكان الوصية اقرار فقيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد ره
والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم
ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه
بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال • ومن اوصى من مال رجل
لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جايز وله
ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا
منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث
واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع
لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي قال • واذا اقتسم
الابنان تركة الاب الغائب اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان
المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده
وهو قول زفر ره لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في
اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقرار بثلث شايع في التركة
وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره
لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى
له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة ثلثاه ولانه
لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير

فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت
بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام
دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة
والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية
فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه
منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رحمه الله يأخذ ذلك
من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال
رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل
ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام
وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ماذكرنا ان الولد دخل
في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق
فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد
تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية
في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع
لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله
بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع
في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة
فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه حدث بعد ملكه لتقرر ملكه فيه
بعد القسمة فصل في اعتبار حالة الوصية قال واذا اقر المريض
لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار
وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره
ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة
المرض الا ان الدين الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت
وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي

كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل
بالدين المستغرق و عند عدم الدين تعتبر من الثلث قال • واذا اقر المريض
لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل
ذلك كله اما الهبة و الوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده
او بعده و الاقرار وان كان ملزما بنفسه و لكن سبب الارث وهو البنوة قائم
وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الزوجية
وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت
قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا
فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه
وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا
ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال
وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال
والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته
من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي
ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه
ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه
الموت ولهذا ايتداوي فيكون مرض الموت والله اعلم باب
العتق في مرض الموت قال • ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحابى
او وهب فذلك كله جايز وهو معتبر من الثلث و يضرب به مع اصحاب الوصايا
وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جايز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع
اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف
واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه
كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه
بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون

دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال * وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة ره وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا في نفس الاستحقاق اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة ره اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال * ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة ره وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع

قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج ولانه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عنده ما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه

قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على الموصى فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل شيء من الثلث على

على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيها وتقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى في شي لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق في المرض اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما هما سواء فصل

قال * ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرايض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدى بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدي بالاهم وذكر الطحاوي رح انه يبتدي بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه

تعرف وجوبها بالقرآن ... صدقة ... عنده تنظر ... بينة للاتفاق
على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على
البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ماقدمه الموصي لما بينا قال رحمه الله صرح بذلك
قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وللعباد
لما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد
القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود ... تارة
فكل واحد في نفسها مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الادميين قال ومن اوصى
بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج
من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب
عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف على الوجه الذي وجب
عليه قال • فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس
لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم
ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه
وهو اولى من ابطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال
• ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه
من بلده عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه
من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق
لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع
اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه
لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده
على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم بالصواب

باب الوصية للاقارب وغيرهم قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي
ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي

تارة الى قوله
لان الظاهر انه
يبتدأ بالاهم

اراد به قوله قبل
هذا ومن اوصى
بحجة الاسلام
احجوا عنه

وفي الملاصقة متفرقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار منه لا فعلا صرفه الى
الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هولاء
كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار
المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران
واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد
المسجد وما قاله الشافعي ره الجوار الى اربعين دار بعيد وما يروي فيه ضعيف
قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم
الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما
لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن * ومن اوصى لاصهاره فالوصية
لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية
اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار
النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة ره وكذا يدخل فيه كل
ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه
لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي
فالصهر يستحق الوصية وان كان في عدة من طلاق باين لا يستحقها لان بقاء الصهر بة
ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات
رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمي ختنا قيل هذا في عرفهم
وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب
والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال * ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب
فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون
للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة ره وقال صاحباه الوصية لكل من ينتسب
الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم
يسلم على حسب ما اختلف فيه المشائخ ره وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد
ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة

فيكون اسما لمن قامت فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف ولان الوصية اخت
الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه
اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب
الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم
لا يسمون اقرباء ومن سمي ولده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف
اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه
ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه
وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي ره بالاب الادنى قال *
واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده اعتبارا للاقرب
كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما
وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع
وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث
يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له
عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه * ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية
للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن
وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي
قرابته اولاقرباته او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم
المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال * ومن اوصى لاهل فلان فهي
على زوجته عند ابي حنيفة ره وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته
اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان
اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم
تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال * ولو اوصى لال فلان فهو لاهل
بيته لان الال القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه
ابوه وجده لان الاب اصل البيت * ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة

اراد به قوله لا بد من اعتبار معنى الجمعية

[illegible] رة عمه بنسب اليه والنسب يكون [illegible] جنسه [illegible] ابيه

و [illegible] لان الانساب [illegible] بالاب [illegible] ابنته حيث يكون منسوبا تب

للام والاب [illegible] لو اوصى لا يتام بني فلان او لعميانهم [illegible] منهم [illegible] وكلا [illegible]

ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم [illegible] كورهم [illegible] فيهم

لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية

في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة

وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى

لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث

تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبي عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء

ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم

وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى

الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث

في قول ابي حنيفة رح اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع

وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز

والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول

الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم

ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالات وحلفاؤهم ومن اوصى لولد فلان

فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما

واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين هذا لانه

لما نص على لفظ الورثة اذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى

لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح

في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى

يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولا فصار كالاخوة ولنا ان

الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والاخر منعم عليه فصار مشتركا

فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا [illegible] موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه [illegible]
في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولانه [illegible] وامهات
اه [illegible] عتق هولاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلابد
من [illegible] قبله وعن ابي يوسف ره انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق
لازم [illegible] فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت
قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد موال وموالي موالاة
يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف ره انهم يدخلون
ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء وعند محمد ره يقول الجهة مختلفة
في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق
ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم
لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد
الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان معتق
واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة
والمجاز ولا يدخل فيه موال اعتقهم ابنه وابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة
ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه
بالولاء والله اعلم بالصواب باب الوصية بالسكنى والخدمة
والثمرة قال • وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز
بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات
لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها
الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف
وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه
خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية
بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما فان خرجت رقبة

رقبة العبد من الثلث يسلم اليه يخدمه ... في الثلث لا تزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في ... ولا تمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا يخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه تمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهما الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ره ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال * فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ذلك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل * ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار وقال الشافعي ره له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضافة

عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور ان لم يكن شيء منه فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر لا نصرافه الى دليل زائد * ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او بلبنها او بأولادها ثم مات فله ما في بطنها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواه فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فلذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب باب وصية الذمي * واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال * ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رح وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة رح ان هذه قربة في معتقدهم ونحن

ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه
[illegible] وصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم
فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به
ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير
محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر [illegible] تعالى
حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها
فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرره
بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير
ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث
ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم
ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيره وهو الوص
وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه ببناء البيع
والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في والكنيسة
معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجدا للمسلمين او بان يسرج
في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان
لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها
اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج
في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان القوم
باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا
ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات
والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم
باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية
بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة
المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه رح

وفي المرتدة الاصح انه تصح وصايا هاما لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه
يقتل او يسلم • واذا دخل الحربي باما ن فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز
لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم
وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان
حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته • ولو كان
اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق
المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك
صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو اوصى له مسلم او ذمي
بوصية جاز لانه مادام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا
تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته
وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه مستامن من اهل الحرب اذ هو على
قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية
• ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين
لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات • ولو اوصى لخلاف
ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام
لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم باب
الوصي وما يملكه • ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده
في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في
غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل
بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنالك
لانه حي قادر على التصرف بنفسه فان رده في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي
ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل
ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي
ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك

ذلك لانه الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت فينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد ره في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر عن ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره

من ذلك ما ذكر في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي ومن اعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه اي سواء كان المخبر حرا او عبدا او فاسقا او صبيا عاقلا

ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه
او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته
وان كانوا صغارا فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة ره ولا تجوز عندهما
وهو القياس وقيل قول محمد ره مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة
مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه
اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة
من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا
نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس
لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة
وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد
تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة ره او نقول يصار اليه كيلا يؤدي
الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال ومن اوصى الى
من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي
والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته ونقص
كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف
ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي
عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف
امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار
الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى
ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه
لا ينبغي له ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت
غير انه اذا ظهرت الخيانة فالموصي انما نصبه لامانته وقد فاتت ولو كان في
الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له ومن اوصى
الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد ره دون صاحبه الا

الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سببها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعي وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للموصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى لان ولاية التصرف لهما فاذا تصرف وحده صفا لصاحبه فلا يجوز اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريانا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى

وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية • وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رح الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة رح انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفي واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصية في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رح لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل

شبئ بسببهم مقصوده بنفسه وهو بلا في ما فرط منه بما رراضيا بايضا به الى غيره
بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى
به وكيل غيره والايصاء اليه قال * ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جايزة
ومقاسمة الورثة عن الموصي له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد
بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت
ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر
وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة
عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد
عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته
حتى لو هلك ما افرزله عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه
غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك
بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث
فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال
* فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي
لما بينا * وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت
من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف
ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء وان لا يرجع بتمام الثلث وقال محمد
لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي * ولو افرز الموصي بنفسه ما لا ليحج عنه
فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه
ولابي يوسف ره ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق
بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ره ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها
وهي تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي
ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك
الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها * ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة

الى القاضي فقسمه ونصيبه الغائب نقسمته جائزة الوصية ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لاسيما في حق الموتى والعيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو هلك ما في يد الوصي من نصيب الغائب وقد هلك المعوض لم يكن له على الورثة سبيل •

واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما ههنا فبخلافه • ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء • فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر • وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له • ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه • واما احتيال الوصي

اخر فصل قضاء بالمواريث فصول كتاب القاضي

الوصي بمال اليتيم قال وان بيع بغير اليتيم جاز وهو ان يكون انفع لليتيم اذا لولاية نظرية
وان كان لا او ا ما لي لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه
ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في
الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه
والصبي الماذون والعبد الماذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف
الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما
لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع ولا ضرورة فيه وهم ليسوا من
اهله • واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة
وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد
شهادته في اخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب
اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا باس
بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال • وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز
في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان
القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا
انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك
الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه قال • ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ
دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رح وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب
بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب
في تركة هولاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب
الحفظ فكذا وصيهم والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رح الجد
احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على
وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى
فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل

لان ذلك احوط

على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان ... الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ... غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه ... قال * واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال * الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضائه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال * وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة * ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم تجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقق التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال * واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للاخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ره ومحمد ره وقال ابو يوسف ره لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة ره فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف ره وعن ابي يوسف ره مثل قول محمد ره رحمه الله وجه القول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للاخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة

وهو قوله ولنا ان بالايصاء تنتقل الولاية الاب اليه اه

الشركة اذا لم يتصل بالموت ولهذا لو اعتق في احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائه وفي المال فلا يتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله و شهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة كتاب الخنثى

فصل في بيانه • واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب • وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة ره وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس تدل على القوة لانه قد يكون للاتساع في احدهما وضيق في الاخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال • واذا بلغ الخنثى وخرجت لحيته او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران • ولو ظهر له ثدي كثدي المراءة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل وامكن الوصول اليه من الفرج فهو امراءة لان هذه من علامات النساء • وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم فصل

ليزول الحجر ... حساب ضرب اثنى عشر للخنثى خمسة ... لا حبيقة

زاد ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء ... وهو ميراث الا ...

متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن به فقصر عليه لان المال لا يجب

بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يوخذ

فيه بالمتيقن به كذا هذا الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا ...

يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا

واما واختا لاب وام هي خنثى او امراءة واخو بن لام واختا لاب وام هي

خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية

للمراءة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين ...

فصـــل مســــائل شتى واذا قرى على الاخرس كتاب وصية فقيل له

اتشهد عليك بما في الكتاب فاومى براسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك

ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي

رح يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين

الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الزكوة والفرق

لاصحابنا رح ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس

دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة معلومة قالوا هو بمنزلة

الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس

فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتشابهان

وفي الابدة عرفناه بالنص قال * واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء

يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد

ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نائي بمنزلة الخطاب ممن دنا الا يرى ان النبي

... واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز

في حق الغائب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب

مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا مستبين ...

مارسه مكتوبة على الجدار واوراق الاشجار وسوى فيه لانه بمنزلة
صريح الكتابة فلابد من النية وبغير مستبين مرسوم كالكتابة على الهواء والماء
وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة
في الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص
بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى
الحد لانه حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف
فلا حد لذلك وهو لا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط
ثم الفرق بين الحد والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى انه
لو شهدوا بالوطء الحرام او بوطء حرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق
او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص
فيه معنى العوض لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات
التي هي حق العبد اما الحد فزاجر خالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها
معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار
ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون
الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا
لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق
ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسألة
على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه
بعض المشايخ رحمهم الله لانه جوز الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة
ضرورية ولا ضرورة لانه جمع بينهما فقال اشار وكتب وانما استويا
لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة
وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام
فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض [illegible] لان آلة النطق
قابلة وقيل هذا تفسير معتقل اللسان قال [illegible] [illegible] فيها [illegible]

فإن دق المذبوحة [illegible] وإن كانت الميتة أكثر وكانت [illegible]

لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار [illegible]

في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة [illegible] يحتمل

ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى المذكية [illegible]

فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي ره لا يجوز [illegible] في حالة [illegible]

وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا [illegible]

ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة [illegible]

افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب

ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه

ولا يستطاع الامتناع عنه فيسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف

بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب

صفحة	سطر	غلط	صحيح
٣	٢٣	المسعمل	المستعمل
[illegible]	٢٣	سوبل	سُبُل
١١	٥	الما	الماء
١٤	٢	رؤس	رءوس
٢٠	٣	المسح	المسح
٢١	٦	اذالبس	اذالمس
٢١	١٠	تخيبتن	تخيينن
٢٣	٢٣	المسعاضة	المستحاضة
٢٥	٢	بمنعى	بمعنى
٢٧	١٢	الحعيفة	الحنيفة
٣٣	٢٣	مكرو	مكروه
٣٤	٢٣	هية	هيئة
٣٧	٥	كهيتهم	كهيئتهم
٣٧	١٣	فافروا	فافرءوا
٣٨	١٩	حنية	حنيفة
٤٠	٩	فافروءا	فافرءوا
٤٥	٩	هية	هيئة
٤٧	٩	فافروءا	فافرءوا
٦٥	٢٣	الفوافع	الفوابع
[illegible]	٢٣	كهية	كهيئة
٨٧	٣	سيل	سُئل
٨٧	٨	اوللحد	واللحد
٨٩	٢٢	نفلوله	فلفوله

صفحة	سطر	غلط	صحيح
٢٠٦	٢٠	[illegible]	والابار
١٠٧	٣	القبيلتين	العيلتين
١١٧	٢١	هيية	هيئة
١١٨	٣	وحجامة	والحجامة
١١٩	٢٢	تكلاسوا	تكاملها
١٢٢	١٢	واشاء	وان شاء
١٢٩	١٩	بخلا	بخلاف
١٣٠	١٩	التكيف	التكاليف
١٣١	١٢	بعتمر	ويعتمر
١٣٣	٢١	فليفطعمها	فليقطعهما
١٣٣	٥	ماما لم	ما لم
١٣٣	٥	بالترحمر	بالترحم
١٥٥	٥	ولحجة	والحجة
١٧١	٢٣	الزرال	الزوال
١٧٣	١	سابر	سائر
١٧٤	٧	ليبسعه	ليست
١٧٥	١٣	ملة	مكة
١٨٠	١٢	الحج	الحج
١٨٥	٣	الجنابة	الجنابة
٢٠٣	٢٢	ان يزجها	ان يزوجها
٢٠٧	١٣	عيه	عليه
٢١٠	١٧	رضيب	رضيت
٢١١	٢٢	مرحوه	[illegible]

صفحه	سطر	غلط	صحيح	صفحه	سطر	غلط	صحيح
۲۱۶	۱۳	ابوبوسف	ابی یوسف	۲۸۱	۲۲	الاستفاء	الاستثناء
۲۲۶	۴	املاحه	املاجة	۲۸۳	۶	معرق	[illegible]
۲۲۷	۱۵	ان يتزجوا	ان يتزوجها	۲۸۳	۲۲	فاد	[illegible]
۲۳۱	۲۳	ولد	ولده	۲۸۴	۲	محمونه	[illegible]
۲۳۱	۲۴	الرغيب	الرغبت	۲۸۵	۳	عقده	عقدة
۲۳۳	۴	للوقث	للوقت	۲۸۵	۱۵	جيش	حيث
۲۳۳	۴	تمعيم	تعميم	۲۸۶	۷	الفسح	الفسخ
۲۳۴	۱۹	لم تكون	لم يكن	۲۸۷	۲۲	مبتوته	متوته
۲۳۸	۱۷	آنكاح	النكاح	۲۸۷	۲۲	روحها	زوجها
۲۳۹	۱۳	بفرع	بفرع	۲۸۸	۱۱	اوسف	ابو يوسف
۲۴۹	۱۹	التعيم	التعميم	۲۸۸	۱۸	حكم	حكما
۲۶۳	۳	وهو	وهي	۲۸۹	۴	عملوا	علموا
۲۶۴	۱۷	يهظر	يظهر	۲۸۹	۴	بشبهه	بشبهة
۲۶۸	۸	ليبطل	يبطل	۲۸۹	۲۲	انه	انه
۲۷۰	۶	عتده	عبده	۳۰۰	۴	المنصو	المقصود
۲۷۲	۲۰	بالوادد	بالوداد	۳۰۱	۷	تحضب	تختضب
۲۷۱	۱۲	لالتسلم	لا تسلم	۳۰۱	۷	تلمش	تلمس
۲۷۱	۱۲	تيسلم	لتسلم	۳۰۲	۱۰	والالى	والاولى
۲۷۴	۲۳	بدانه	بدونه	۳۰۲	۲۰	تعد	[illegible]
۲۷۸	۲	اختلف	اختل	۳۰۳	۳	وطيما	[illegible]
۲۷۹	۱۲	الوجب	الواجب	۳۰۳	۸	العدت	[illegible]
۲۸۱	۴	سنهما	[illegible]	۳۰۳	۱۱	جاث	جاءت
۲۸۱	۱۸	فاذنوا	فاذنوا	۳۰۳	۱۷	وشمدت	[illegible]

صحيح	غلط	سطر	صفحة
ولدهم	والد	٢٣	٣٠٤
فشهدت	فشهدة	٥	٣٠٤
الولد	الوالد	١٣	٣٠٦
شفق	شفق	١٧	٣٠٦
من الام	من اد	[illegible]	٣٠٧
ووجهه	ووجه	١٠	٣٠٧
ارادت	ارادة	١٣	٣٠٩
انتقلت	انعلت	١١	٣٠٩
عادت	عارت	١٧	٣٠٩
عن ابي يوسف	ان ابي يوسف	٥	٣١٠
وجهه	وجه	١١	٣١٠
في الدين	فذالدين	٧	٣١٢
اما	واما	١٠	٣١٣
ثلثا	ثلث	٦	٣١٤
ارادت	اردت	١١	٣١٥
كانوا	[illegible]	[illegible]	[illegible]
في [illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
موسرا	[illegible]	[illegible]	[illegible]
الارباع	الاباع	[illegible]	[illegible]
للعتق	للتق	٢١	٣٢٣

صحيح	غلط	سطر	صفحة
للمعنيين	للمعنين	١٧	٣٣٣
اولا	اول	١٦	٣٣٣
يستبين	يسببن	١١	٣٣٦
مختلفين	محتللفين	١١	٣٣٦
النصراني	النصرني	١١	٣٤١
و	او	١٩	٣٤٣
اعتبارا	اعتبار	١٠	٣٤٦
الحلال	الحال	١٣	٣٤٧
اليمين	اليمن	١٣	٣٤٧
الداخل	الدخل	١٥	٣٤٩
الآن اذن	الان ذن	٩	٣٥١
لان الملك	لان لملك	٢٢	٣٥١
كذا	كذ	٦	٣٥٢
الداعي	الدعى	١١	٣٥٣
ابو يوسف و محمد	ابو يوسف محمد	٧	٣٥٣
والاشارة	ولاشارة	١٢	٣٥٨
وكذا	وكد	١٣	٣٥٩
اذا	اذ	١٩	٣٥٩
الآن	الان	٢١	٣٦١
بقضى	يقضي	١٦	٣٦٢
والتشقق	والتنفف	٢١	٣٦٢

في صفحة ثلث ماية واربعون وستة في خطي اثنا وعشرين وثالثة وعشرين وقع التكرار

صفحه	سطر	خطا	صواب
٣٦٦	٧	[illegible]	ماعزا
٣٧١	٣	[illegible]	عمد
٣٧٥	١٧	ابوسف	ابو يوسف
٣٧٦	٨	الدعى	الداعى
٣٧٧	١٠	لطوعة	المطاوعة
٣٧٨	٢	وقال	وقالوا
٣٧٨	٥	انه	ان
٣٨١	١٣	فلهذ	فلهذا
٣٨١	٢٢	هذ	هذا
٣٧٣	١٤	بلظعة	بلفظة
٣٨٣	١٦	ربحها	وربحها
٣٨٥	٧	من	الى
٣٨٥	١٣	فيفر	يفرق
٣٨٦	١٨	اغضابه	اعضايه
٣٨٧	٧	فلا	فلان
٣٨٨	٢٠	المساء	السماء
٣٩٠	١٢	اومراته	اوامراته
[illegible]	١٧	الاخذ	الاخذ
٣٩٨	١٢	زارحم	ذارحم
٤٠٢	٥	فانعقد	انعقد
٤٠٣	١١	اولاصبعان	اوالاصبعان
[illegible]	٦	[illegible]	سرقة
٤٠٢	[illegible]	[illegible]	[illegible]
٤٠٣	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	٢٣	[illegible]	[illegible]
٤٠٥	٣	[illegible]	[illegible]
٤٠٦	٣	[illegible]	[illegible]
٤٠٧	[illegible]	[illegible]	[illegible]
٤٠٧	٢٣	احوالار	[illegible]
٤٠٨	٢١	لعثر	العثر
٤٠٩	١٦	ببعه	[illegible]
٤١١	٢٠	النعالى	المعالى
٤٢٠	٧	دراخرب	داراخرب
٤٢٣	١٨	عدكه	عكسه
٤٢٤	٣	فاتلاراجل	فقال راجل
٤٢٥	١٣	الكلهيه	الكاملية
٤٢٧	٢١	لان	لانه
٤٢٨	٣	الارص	الارض
٤٢٨	١٣	تولك	تلك
٤٣٠	٣	محظورا	[illegible]
٤٣٠	٢٣	النمانى	[illegible]
٤٣١	٩	[illegible]	[illegible]
٤٣١	٢٣	حكار	صارت
٤٣٢	١٣	بالغموض	[illegible]

صفحه	سطر	غلط	صحيح	صفحه	سطر	غلط	صحيح
٤٣٧	٢٣	الدارهم	الدراهم	٤٧٠	٢٢	اوحتطبه	او احتطب
٤٣٨	٦	العربةوجواب	العربزجوابه	٤٧١	١٧	نينماما	بينما هو
٤٣٨	٢٢	كافوا	كافر	٤٧٢	١٢	فكذا	فكذا
٤٣٩	٨	يمقتض	ينتقض	٤٧٤	٢٢	طارى	طار
٤٤١	١	فى لحكم	فى الحكم	٤٧٥	٥	فا	فاذا
٤٤٢	٢	ثلثلثه	ثلثة	٤٧٥	٢٢	واثرسا	وافرسا
٤٤٣	٢٢	انفتل	انتقل	٤٧٦	١٢	سنام	سلام
٤٤٣	٩	تحس	تحسس	٤٧٦	١٧	قبعا	بيعا
٤٤٣	١١	تالى	تعالى	٤٧٨	١٩	التصرف	الصرف
٤٤٨	٧	تسرق	تسترق	٤٨٢	٥	اذان	اذن
٤٤٩	١١	اللدثال	للقتال	٤٨٤	١٢	ذرع	ذراع
٤٥٢	١٢	الفطة	اللقطة	٤٨٥	٢	الزرع	الذراع
٤٥٥	٢٠	من	في	٤٨٧	٧	المحذود	المحروز
٤٥٥	٢٣	جهة	جهته	٤٨٨	١٩	الوذان	الوزان
٤٥٧	١٢	وهزل	وهو	٤٩٦	١	بالوذن	بالوزن
٤٦٠	١١	ماصفى ملت	ماصفى ملك	٤١١	١٣	امتاع	امتناع
٤٦٢	١٨	يند	بسعفان	٥٠٦	١١	بحقيقة	بحقيقته
٤٦٥	٣	ابو يوسف	ابي يوسف	٥٠٩	٩	متبدل	مبتذل
٤٦٥	٢٣	الندن	السهن	٥١٣	١١	بحصة	بحصته
٤٦٦	٥	بيع	يبيع	٥١٣	٢٣	وهلاك	وهلك
٤٦٦	١١	يتساوى	يتساويا	٥١٧	٣	فتيعلق	فيتعلق
٤٦٨	١٢	فيستحق	فيستحق	٥١٨	٢٢	فيماكان	فيملكان
٤٧٠	٦	ابيعا	يبيعا	٥١١	٦	متحمله	محتمله

صفحه	سطر	غلط	صحیح
٥٢٢	٢١	بثبها	ببيعها
٥٢٥	٢٢	بد	بدا
٥٢٨	٢١	نفضة	نفضه
٥٣١	٢٠	اكثير	وكثير
٥٣٢	٦	الى الحقوق	اي الحقوق
٥٣٧	٥	البيصح	البطيخ
٥٣٨	٩	حنيه	حينه
٥٣٨	١٠	معلوم	معلوما
٥٤١	٤	بستليطه	بتسليطه
٥٤٨	٢٣	مجادفه	مجازفة
٥٥٣	١٥	الفوس	العلوس
٥٥٦	٣	غير	من غير
٥٥٩	٢٢	فاسد	فاسدا
٥٦٧	١	تتنبي	تنبي
٥٦٧	١٦	بنية	بينه
٥٨٠	٤	الوارثة	الورثه
٥٨١	١٥	بجحة	بجحد
٥٨٣	٢٣	الغيريمر	الغريمر
٥٨٤	٧	الحيابة	الخيانة
٥٨٦	١٠	الانزاجار	الانزجار
٥٨٩	٢٣	الفاضي ان	للقاضي انه
٥٨٩	٢٤	معانية	معاينة
٥٩٠	١٨	يعانيهما	بحاينهما

صفحه	سطر	غلط	صحیح
٥٩١	١٠	الشهود	[illegible]
٦١٢	٧	لمنه	[illegible]
٦١٢	١٨	عوارث	[illegible]
٦١٣	٣	[illegible]	[illegible]
٦١٥	١٦	دنعه	[illegible]
٦١٥	١٦	بشهود	[illegible]
٦٠٢	٣	وثال	[illegible]
٦٠٣	٣	رجلا	رحل
٦٠١	١٧	مغ	[illegible]
٦٠٧	١٤	لحائها	[illegible]
٦٠٣	١٨	الاصنال	[illegible]
٦٢٠	١٦	والفكر	والكدر
٦٢٩	٣	ادي	ادعى
٦٣٤	١٣	قاتل	[illegible]
٦٤٠	٢٠	غصبة	تعصبه
٦٤٠	٢٠	اوسرقة	اوسرقه
٦٤١	١٨	لاسوائهما	[illegible]
٦٤٧	١٤	لاستويهما	[illegible]
٦٤٧	٢٠	الاستعان	[illegible]
٦٥٢	٢٠	متعد	[illegible]
٦٥٥	٢٠	فسرت	[illegible]
٦٥٨	٢١	الانوار	[illegible]
٦٥٩	١٠	البعد	العبد

صفحه	سطر	غلط	صحيح
[illegible]	[illegible]	التسان	إنسان
٦٦٣	١١	ومكر	بمكر
٦٦٨	٢	الصح	الصلح
٦٧٢	٢	اعتبار	اعتبارا
٦٧٨	١٩	يحتمل	يتحمل
[illegible]	١	بوجيه	بوجه
٧٠٧	٢٢	ن	ان
٧٠٢	٦	لليحمل	ليحمل
٧١٦	٣	مر	امر
٧١٦	٢٢	دار	دارا
٧١٧	١٠	وعطى	واعطى
٧٠٧	٢٠	والاتجوزلا	ولاتجوزالا
٧١٨	٣	المشاع	للمشاع
٧٢١	١٦	بذرعيا	بزرعها
٧٢٢	٦	صبغته	صبغته
٧٢٣	١١	بشرط	يشترط
٧٢٥	١٣	[illegible]	[illegible]
٧٢٨	١١	بالاعدار	بالاعذار
٧٣١	٢٢	[illegible]	السفر
٧٣٣	١٩	العتق	العنق
٧٤٩	١٥	ولاء	ولاء
٧٥٢	١	حبانبيه	بجانبه
٧٥٣	٦	وارت	وارث

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٧٥٣	٢٣	لانوم	[illegible]
٧٥٧	١	لة آله	آلة له
٧٥٩	١٥	وهذاه	وهذه
٧٦٠	١٢	اعتار	اعتبارا
٧٦٣	١	السفيه	السفه
٧٦٤	١٥	مثدا	مقدار
٧٦٥	٢٣	غير	غر
٧٦٥	٢٢	واليته	ولايته
٧٧٦	٢٣	وهوا	وهو
٧٨١	٣	صاحت	صاحب
٧٩٤	٢٢	الدو	الدار
٨٠٢	١٣	مبالة	مبادلة
٨٠١	٢٣	الضر	الضرر
٨١٣	١	الكسير	الكثير
٨٢٦	١١	ولده	اولاده
٨٢٩	١١	حنية	حنيفة
٨٣٣	٢٠	موجوابن	موجوبين
٨٣١	١٦	ولحر	والحر
٨٣١	١٦	لا	الا
٨٣١	٢٢	كاذث	كاذب
٨٥١	٨	تحته	لحمته
٨٥٣	٥	لعد	لعدم
٨٥٣	٣	ولدمها	قدمها

صفحه	سطر	غلط	صحیح
۸۰۳	[illegible]	[illegible]	[illegible]
۸۶۶	۱۸	[illegible]	[illegible]
۸۶۶	۱۰	وغروره	وعزره
۸۶۷	۱	وكان	فكان
۸۷۰	۱	بانجاب	[illegible]
۸۷۳	۱۲	ولانتفاع	والانتفاع
۸۷۳	۱۷	احی	[illegible]
۸۷۹	۱۵	بعدون	بدون
۸۸۰	۲	الغة	اللغة
۸۸۲	۱۲	الثلين	الثلثين
۸۸۴	۲۴	والختتم	والخنثم
۸۹۴	۱۱	لاحتمال	احتمال
۸۹۴	۱۸	ماكرنا	ماذكرنا
۸۹۸	۲۴	بها	به
۹۰۶	۷	بتاع	بتابع
۹۰۸	۸	والا	ولا
۹۰۶	۲۱	اب	الاب
۹۱۱	۲۲	كانب	كانت
۹۱۳	۲۱	قيمتها	قيمتهما
۹۱۵	۸	الدكاع	النكاح
۹۱۶	۱	اخذ	احد
۹۱۷	۳	بوله	بوكل
۹۱۸	[illegible]	انضاؤه	اقتضاؤه

صفحه	سطر	غلط	صحیح
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
۹۱۲	۶	[illegible]	[illegible]
۹۲۲	۱۸	[illegible]	[illegible]
۹۲۶	۷	[illegible]	[illegible]
۹۲۹	۱۱	[illegible]	[illegible]
۹۳۱	۲	فامس	[illegible]
۹۳۱	۳	[illegible]	[illegible]
۹۲۹	۱۲	اوكثر	[illegible]
۹۳۱	۲۲	او المطر	[illegible]
۹۳۲	۳	بقيمتها	[illegible]
۹۳۵	۲	فمل	[illegible]
۹۳۵	۱۰	[illegible]	[illegible]
۹۳۵	۲۱	[illegible]	[illegible]
۹۴۰	۱۲	الثالث	[illegible]
۹۴۸	[illegible]	اذ	[illegible]
۹۴۸	۱۷	[illegible]	[illegible]
۹۴۸	۲۰	[illegible]	[illegible]
۹۵۰	۱۱	[illegible]	[illegible]
[illegible]	۱۰	[illegible]	[illegible]
۹۵۱	۲	[illegible]	[illegible]
۹۵۱	۲۰	[illegible]	[illegible]
۹۵۳	۱۶	لاقامة	[illegible]
۹۵۵	۷	على	[illegible]